

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

DERECHO MERCANTIL



TESIS DOCTORAL

**POLÍTICA LEGISLATIVA DE AUDITORIA NA
UNIÃO EUROPEIA NO QUADRO DA BOA
GOVERNAÇÃO SOCIETÁRIA**

Realizada por

CLÁUDIO RENATO NUNES MARQUES FLORES

Orientador

Professor Doutor FERNANDO CARBAJO CASCÓN

Tese submetida para obtenção do

DOUTORAMENTO EM DIREITO

Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, Espanha

SALAMANCA, 2017

"European corporate law and corporate governance are moving ahead beyond expectation. Some British voices called this "a renaissance in the past decade"

KLAUS HOPT 2015

ÍNDICE

ABREVIATURAS 21

PRÓLOGO 26

RESUMO E ESTRUTURA DA TESE 37

INTRODUÇÃO 62

1. NATUREZA E FUNÇÕES DA AUDITORIA COMO MECANISMO AO SERVIÇO DO BOM CORPORATE GOVERNANCE 66

1.1. FUNÇÕES GERAIS DA AUDITORIA NO QUADRO DO CORPORATE GOVERNANCE 66

1.1.1. Definição de Auditoria 68

1.1.2. Definição de Corporate governance 69

1.1.3. Natureza jurídica da profissão de auditoria em Espanha 70

1.2. RELAÇÕES HISTÓRICAS ENTRE AUDITORIA E O CORPORATE GOVERNANCE 72

1.2.1 Origens da profissão de auditoria 72

1.2.2. O surgimento do movimento de Corporate governance 75

1.3. O RECONHECIMENTO LEGAL DA IMPORTÂNCIA DA AUDITORIA PARA A CONFIANÇA NOS MERCADOS DE CAPITAIS 78

1.3.1. Obrigatoriedade da auditoria 78

1.3.2. Privilégios da obrigatoriedade e da exclusividade e crescimento da profissão
79

1.3.3. Gatekeepers e a importância da reputação	79
2. ESCÂNDALOS E REFORMAS: O BINÓMIO CLÁSSICO DA PROFISSÃO	84
2.1. GLOBALIZAÇÃO DA ECONOMIA E A ESPECIAL INFLUÊNCIA DOS ESCÂNDALOS OCORRIDOS NOS EUA	85
2.2. OS ESCÂNDALOS COMO "MOTOR" DE REFORMAS	85
2.3. O CASO ENRON	91
2.3.1. Explicações para o sucedido e o papel dos auditores	94
2.3.2. Consequências legislativas do caso Enron nos EUA: SOX	97
2.3.3. O caso PARMALAT	99
2.4. O FIM DA AUTORREGULAÇÃO DA PROFISSÃO NA UNIÃO EUROPEIA	102
2.4.1. A Recomendação sobre a independência de 2002	103
2.4.2. O Action plan de 2003 da Comissão Europeia	103
2.4.3. A Directiva 43/2006/CE	105
A. INTRODUÇÃO DO CONCEITO DE EIP	106
B. DEFINIÇÃO DE EIP EM ESPANHA	107
C. CONCEITO DE REDE	108
2.5. A CRISE DE 2007/08 E AS REFORMAS	110
2.5.2. Primeiras investigações sobre o papel dos auditores na crise	112
2.6. ASPECTOS CENTRAIS DA REFORMA	113
2.6.1. Comites de auditoria na Reforma	113
2.6.2. A concentração do mercado e a estrutura das Big4	114

<i>A. TENDÊNCIA HISTÓRICA PARA A CONCENTRAÇÃO</i>	<i>115</i>
<i>B. FATORES ADICIONAIS QUE CONTRIBUEM PARA A CONCENTRAÇÃO</i>	<i>116</i>
<i>C. RESTRIÇÕES À ENTRADA DE CAPITAL EXTERNO À AUDITORIA</i>	<i>118</i>
<i>2.7. CONSEQUÊNCIAS DOS ESCÂNDALOS E DAS REFORMAS INTERNACIONAIS NA LEGISLAÇÃO DE AUDITORIA EM ESPANHA</i>	<i>120</i>
<i>2.7.1. A Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoria de Cuentas (LAC88)</i>	<i>120</i>
<i>2.7.2 A Reforma de 2010</i>	<i>121</i>
<i>2.7.3. A Ley 22/2015, de 20 de julio (LAC2015)</i>	<i>122</i>
<i>3. A INDEPENDÊNCIA DOS AUDITORES</i>	<i>124</i>
<i>3.1. INDEPENDÊNCIA DOS AUDITORES NO QUADRO DO CORPORATE GOVERNANCE</i>	<i>124</i>
<i>3.2. FUNDAMENTO E DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE INDEPENDÊNCIA DOS AUDITORES</i>	<i>125</i>
<i>3.2.1. Interesse público e o dever legal de independência</i>	<i>125</i>
<i>3.2.2. Independência como elemento do conceito de auditoria</i>	<i>127</i>
<i>3.2.3. Independência como requisito da qualidade</i>	<i>128</i>
<i>3.2.4. Independência real e aparente</i>	<i>129</i>
<i>3.3. INDEPENDÊNCIA NA LAC</i>	<i>131</i>
<i>3.4. O REFORÇO DA INDEPENDÊNCIA NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA</i>	<i>132</i>
<i>3.4.1. O dever de independência na DA2014. Aspectos gerais</i>	<i>133</i>
<i>A. COMPARATIVO DA NOVA REDAÇÃO COM A DA2006</i>	<i>133</i>

B. A EXTENSÃO DO DEVER DE INDEPENDÊNCIA A "QUALQUER PESSOA" 134

C. INTERFERÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE DE AUDITORES 135

D. PROIBIÇÃO DE CORRUPÇÃO PRIVADA E FAVORECIMENTO 136

E. PROMESSAS DE CONTRATAÇÃO FUTURA 136

3.5. A POSITIVAÇÃO DOS DEVERES PROFISSIONAIS DE NATUREZA ÉTICA OU SUBJETIVA 137

3.5.1. A progressiva positivação das normas éticas 137

3.5.2. Ceticismo profissional 137

A. CETICISMO NA LAC2015 139

3.5.3. Detecção de fraudes 140

A. O EXPECTATIONS GAP 145

3.5.4. A diligência exigível. Conceito 147

3.5.5. O problema da regulação direcionada à independência aparente 152

3.6. O DEVER DE INDEPENDÊNCIA DOS AUDITORES NOS CÓDIGOS DE CORPORATE GOVERNANCE 154

3.6.1. As origens dos Códigos de CG nos EUA 154

A. TRANSPOSIÇÃO DO CORPORATE GOVERNANCE PARA A EUROPA. O CADBURY REPORT 157

3.6.2. Os Princípios de Corporate governance da OCDE 159

A. OBRIGATORIEDADE DA AUDITORIA E INDEPENDÊNCIA DOS AUDITORES 162

B. CONTEÚDO DO RELATÓRIO DE AUDITORIA 163

<i>C. SUPERVISÃO EXTERNA À AUDITORIA</i>	<i>163</i>
<i>D. COMITÉ DE AUDITORIA</i>	<i>163</i>
<i>E. SERVIÇOS EXTRA-AUDITORIA E HONORÁRIOS</i>	<i>164</i>
<i>F. DURAÇÃO DOS CONTRATOS E ROTAÇÃO</i>	<i>164</i>
<i>3.6.3. O Kodex alemão</i>	<i>165</i>
<i>3.6.4. Os Códigos de bom governo em espanha</i>	<i>168</i>
<i>A. O INFORME OLIVENCIA</i>	<i>168</i>
<i>i) Independência do auditores no Informe Olivencia</i>	<i>171</i>
<i>B. INFORME ALDAMA</i>	<i>173</i>
<i>i) O dever de independência dos auditores no Informe Aldama</i>	<i>176</i>
<i>C. O CÓDIGO UNIFICADO DE BUEN GOBIERNO</i>	<i>177</i>
<i>3.6.5. Eficacia e problemas dos codigos de bom governo. Conclusões</i>	<i>180</i>
<i>4. A RESPOSTA LEGISLATIVA À CRISE</i>	<i>182</i>
<i>4.1. INVESTIGAÇÕES PRÉVIAS ÀS REFORMAS</i>	<i>182</i>
<i>4.1.1. O relatório Valukas sobre a falência da lehman brothers</i>	<i>182</i>
<i>4.1.2. Investigações e iniciativas no REINO UNIDO</i>	<i>183</i>
<i>A. O WALKER REPORT DE 2009</i>	<i>183</i>
<i>B. AS INVESTIGAÇÕES DO FRC E DA HOUSE OF LORDS</i>	<i>184</i>
<i>4.1.3. Iniciativas da UE para apuramento das razões da crise</i>	<i>185</i>

A. O RELATÓRIO LAROISIÈRE E AS RECOMENDAÇÕES DO EUROPEAN CORPORATE GOVERNANCE FORUM RELATIVAS À REMUNERAÇÃO DOS ADMINISTRADORES 185

4.2. PRIMEIRAS RESPOSTAS LEGISLATIVAS À CRISE 187

4.2.1. A lei Dodd-Frank 187

4.2.2. Reconhecimento do papel dos auditores na crise pelas autoridades europeias
189

4.3. INÍCIO DAS REFORMAS NA UE - LIVRO VERDE POLITICA DE AUDITORIA
190

4.3.1. Livro Verde “Política de Auditoria: as lições da crise” 190

4.3.2. Barnier e as intenções de reforma da comissão europeia 192

4.3.3. Projectos de Directiva e Regulamento 2011 195

A. OBJETIVOS DAS REFORMAS 196

4.3.4. COMENTÁRIOS GERAIS À REFORMA 197

A. UM QUASI-REGULAMENTO 197

B. O PROBLEMAS DA FLEXIBILIDADE DAS MEDIDAS 198

C. SOBRE AS (DEMASIADO) AMBICIOSAS PROPOSTAS INICIAIS 199

4.3.5. Sinopse das novidades ao nível da independência 200

A. AS MEDIDAS DE DUPLA (OU TRIPLA) FINALIDADE 201

i) Reforço das competências do ICAC como entidade responsável 202

B. RELATÓRIO DE AUDITORIA 204

i) Importância da soft information e do financial forecasting 204

ii) A necessidade de relatórios mais detalhados	205
iii) Conteúdo do relatório após a Reforma	205
C. O RELATÓRIO ADICIONAL PARA O COMITÉ DE AUDITORIA	209
D. COMUNICAÇÃO DOS AUDITORES COM AS ENTIDADES DE SUPERVISÃO - DELEGAÇÃO DE FUNÇÕES PÚBLICAS	213
5. CONDICIONANTES DA INDEPENDÊNCIA DOS AUDITORES	214
5.1. PONTOS CENTRAIS DE INTERVENÇÃO LEGISLATIVA DAS REFORMAS PÓS-CRISE	214
5.2. COMITÉS DE AUDITORIA	214
5.2.1. Comité de auditoria enquanto mecanismo de corporate governance	214
5.2.2. Origem e evolução dos Comités de Auditoria	215
A. OS PRIMEIROS COMITÉS DE AUDITORIA NOS EUA	215
B. HARMONIZAÇÃO DOS COMITÉS DE AUDITORIA NA UE PELA DA2006	216
C. COMITÉS DE AUDITORIA EM ESPANHA	217
5.2.3. Comités de Auditoria na Reforma de 2014	220
A. COMPOSIÇÃO E COMPETÊNCIAS DOS MEMBROS DO COMITÉS DE AUDITORIA	221
i) "Não executivos e independentes". Conceitos	222
ii) Membros não executivos do comité de auditoria	227
iii) Número de membros	229
B. FUNÇÕES NO PROCESSO DE SELEÇÃO DOS AUDITORES	229

<i>C. AVALIAÇÃO DA QUALIDADE NO PROCESSO DE SELEÇÃO - CRITÉRIOS</i>	231
<i>D. FUNÇÕES DE SUPERVISÃO DA INDEPENDÊNCIA DOS AUDITORES</i>	235
<i>E. CONTROLO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE EXTRA-AUDITORIA</i>	236
<i>F. FUNÇÕES DE SUPERVISÃO INTERNA DO RISK MANAGEMENT E COMUNICAÇÃO INTERNA</i>	238
<i>G. SUPERVISÃO DOS COMITÉS DE AUDITORIA ESPANHA</i>	241
<i>5.3. NAS: SERVIÇOS EXTRA-AUDITORIA E INDEPENDÊNCIA DOS AUDITORES</i>	242
<i>5.3.1. Introdução e contexto normativo</i>	242
<i>A. NAS COMO AMEAÇA À INDEPENDÊNCIA</i>	244
<i>B. NAS NA PROPOSTA DE REGULAMENTO DE 2011</i>	246
<i>i) As pure audit firms - crítica</i>	246
<i>C. NAS NA DIRETIVA DE 2014</i>	249
<i>D. NAS NA LAC2015</i>	249
<i>5.3.2. Categorias de NAS no Regulamento de 2014</i>	253
<i>5.3.3. Variáveis orientativas para ponderação do nível de ameaça à independência dos nas</i>	254
<i>5.3.4. Argumentos contrários à imposição de restrições à prestação de NAS</i>	257
<i>5.3.5. Argumentos favoráveis à imposição de restrições à prestação de NAS</i>	258
<i>5.3.6. Sobre a black list</i>	260
<i>A. ANÁLISE DA BLACK LIST</i>	263

*B. CONSIDERAÇÕES SOBRE A DERROGAÇÃO PARCIAL DA DIRETIVA
RELATIVAMENTE AOS NAS PERMISSÍVEIS 266*

*C. CONCLUSÕES: A NECESSIDADE DE UMA VISÃO LEGISLATIVA A LONGO
PRAZO 266*

*5.4. HONORÁRIOS E DEMAIS CONDICIONAMENTOS ECONÓMICOS DA
INDEPENDÊNCIA 268*

5.4.1. Delimitação do problema 268

A. DEPENDÊNCIA ECONÓMICA DO CLIENTE 269

i) Dimensão e situação económica do cliente 269

ii) Menor dimensão do auditor 270

iii) O tratamento da dependência económica pela Reforma 270

*B. DEPENDÊNCIA ECONÓMICA EM RAZÃO DA PRESTAÇÃO DE NAS
DESPROPORCIONALMENTE SUPERIORES AOS HONORÁRIOS POR SERVIÇOS
DE AUDITORIA PRESTADOS A UM MESMO CLIENTE 271*

*C. GRATIFICAÇÕES DIFERENTES DE HONORÁRIOS E COMPENSAÇÕES
INDIRETAS 272*

i) Análise do artigo 4.2 do Regulamento 273

5.4.2. Regime específico de honorários de auditoria a EIP na LAC 275

*5.4.3. Considerações finais: a previsível ineficácia das limitações de honorários
introduzidas pela regulamentação 276*

*5.5. ROTAÇÃO: O PROBLEMA DA DURAÇÃO DOS CONTRATOS DE AUDITORIA
277*

5.5.1. Enquadramento doutrinário da rotação dos auditores 279

<i>A. VARIÁVEIS DE ROTAÇÃO INTERNA E EXTERNA</i>	280
<i>B. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À ROTAÇÃO</i>	281
<i>C. ARGUMENTOS A FAVOR DA ROTAÇÃO</i>	282
<i>D. PERÍODOS DE COOLING-OFF</i>	285
<i>5.5.2. Rotação na SOX</i>	287
<i>5.5.3. Rotação no Regulamento</i>	289
<i>A. COOLING-OFF EXTERNO</i>	290
<i>B. ROTAÇÃO INTERNA</i>	290
<i>C. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS</i>	290
<i>5.5.4. Rotação na Diretiva</i>	291
<i>5.5.5. evolução da rotação em espanha</i>	291
<i>A. ROTAÇÃO NA LAC2015</i>	292
<i>i) Rotação do auditor de EIPs na LAC2015</i>	293
<i>ii) Incompatibilidades posteriores ao contrato</i>	294
<i>iii) Rotação na LAC nos casos de não-EIP</i>	295
<i>5.5.6. Considerações finais sobre a rotação obrigatória</i>	296
<i>A. ASPETOS POSITIVOS DA ROTAÇÃO EXTERNA</i>	296
<i>B. AUDITORIAS CONJUNTAS</i>	298
<i>C. DIFERENTES PRAZOS DE ROTAÇÃO NA UE - PROBLEMAS</i>	300
<i>D. DA ADEQUAÇÃO DOS PERÍODOS TRANSITORIOS</i>	301

6. RESPONSABILIDADE CIVIL: NÍVEIS ADEQUADOS DE DETERRENCE E INDEPENDÊNCIA DOS AUDITORES 302

6.1. INTRODUÇÃO 302

6.1.1. A ausência da responsabilidade dos auditores nos instrumentos imperativos de harmonização da UE 303

A. SOBRE A IMPOSSIBILIDADE DE COMPLETA DISSOCIAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS AUDITORES DOS REGIMES GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL 303

B. APROXIMAÇÃO À RECOMENDAÇÃO DE 2008 305

i) Responsabilidade proporcional na Recomendação 306

ii) A questão da Delimitação de responsabilidade 306

C. A REMISSÃO DA LAC PARA O REGIME GERAL DO CÓDIGO CIVIL 307

6.2. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL 308

6.2.1. SOBRE A MENOR RELEVÂNCIA DA TRADICIONAL DISTINÇÃO EM MATÉRIA DE AUDITORIA 308

6.2.2. Responsabilidade Contratual em espanha 309

A. LEGITIMIDADE ACTIVA DA SOCIEDADE E DOS SÓCIOS 310

B. ACÇÃO INDIVIDUAL E RESPONSABILIDADE EXTRA-CONTRATUAL 314

6.2.3. Responsabilidade extracontratual no direito comparado 316

A. ALEMANHA 317

B. REINO UNIDO 318

C. EUA 319

6.2.4. Responsabilidade extracontratual em Espanha	321
A. ALCANCE DA RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DOS AUDITORES	323
B. SÓCIOS E CREDORES SÃO TERCEIROS?	323
6.3. REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE DOS AUDITORES	325
6.3.1. Culpa ou negligência	328
A. PRÉVIO	328
B. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA MITIGADA E RESPONSABILIDADE MANCOMUNADA	329
i) Da caducidade da doutrina assente na responsabilidad mancomunada	332
C. CLARIFICAÇÃO DE CONCEITOS: RESPONSABILIDADE OBJETIVA/PROPORCIONAL E RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA/INDIVIDUAL	333
D. TENDÊNCIA PARA A OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE	335
E. O NOVO REGIME DE RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL E PROPORCIONAL DO N.º 2 DO ARTIGO 26	335
i) A proposta de lei inicial	336
ii) Síntese do novo regime introduzido pelo n.º 2 do artigo 26	338
iii) Similitudes do modelo do 26.2 com a "reasonable foreseeability rule" norteamericana e com o Regulamento UE para as Agências de Rating	341
6.3.2. Dano	343
A. NATUREZA INDIRETA DOS DANOS RESULTANTES DO RELATÓRIO	343
i) Sobre a referência no texto do artigo 26.2 à reponsabilidade "directa"	344

ii) Extensão do dano 345

iii) Individualização do dano 346

6.3.3. Nexo causal 347

6.4. PRESCRIÇÃO DA ACÇÃO 354

6.4.1. Determinação do dies a quo 355

6.4.2. Causas de interrupção do prazo prescricional 357

7. A NECESSIDADE DE DELIMITAÇÃO OBJETIVA DOS TERCEIROS COM LEGITIMIDADE. PROPOSTAS DE REFORMA COM VISTA A UMA POSSÍVEL HARMONIZAÇÃO DO REGIME DA RESPONSABILIDADE DOS AUDITORES NA UE 357

7.1. FATORES QUE FUNDAMENTAM A NECESSIDADE DE DELIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE 358

7.1.1. Over-deterrence: efeitos ao nível da independência e da qualidade 359

A. INDEFINIÇÃO DOS DEVERES E INDEFINIÇÃO DOS TERCEIROS: PREJUÍZO PARA A QUALIDADE 361

7.1.2. FATORES NÃO RELACIONADOS COM A QUALIDADE E COM INDEPENDÊNCIA A TER EM CONSIDERAÇÃO AO NÍVEL DA REGULAÇÃO DA RESPONSABILIDADE 362

A. INSUFICIÊNCIA DOS SEGUROS E O RISCO DE MAIOR CONCENTRAÇÃO 363

B. LITIGAÇÃO OPORTUNISTA (FRIVOLOUS LITIGATION) 365

i) Deep pocket syndrome 366

ii) O falso "expectations gap" de alguns investidores como forma de se manter a auditoria como um seguro do risco de negócio 367

<i>iii) Danos reputacionais resultantes da litigação oportunista</i>	368
<i>7.2. A RECOMENDAÇÃO DE 2008: CONSIDERAÇÕES SOBRE AS PROPOSTAS APRESENTADAS</i>	369
<i>7.2.1. A fixação de limites máximo de responsabilidade (Caps)</i>	369
<i>7.2.2. A limitação pela via contratual</i>	373
<i>7.2.3. Responsabilidade proporcional</i>	377
<i>A. O ARTIGO 26.2 DA LAC COMO REFERÊNCIA PARA UMA FUTURA REGULAÇÃO IMPERATIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL AO NÍVEL DA UNIÃO EUROPEIA</i>	379
<i>7.3. CLARIFICAÇÕES E PROPOSTA DE MODELO ALTERNATIVO DE RESPONSABILIDADE DOS AUDITORES AO NÍVEL DA UNIÃO EUROPEIA</i>	380
<i>7.3.1. A percepção deturpada da natureza da profissão de auditoria e do alcance do interesse público</i>	380
<i>7.3.2. A insustentabilidade da responsabilidade solidária após a proibição da cumulação de serviços de contabilidade</i>	381
<i>7.3.3. o Contrato implícito com o estado - percepção inovadora</i>	383
<i>7.3.4. A FALÁCIA DA LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE E DA DESIGULDADE DE TRATAMENTO PERANTE OUTROS PRESTADORES DE SERVIÇOS</i>	385
<i>A. CONSEQUÊNCIAS AO NÍVEL DA CONSIDERAÇÃO DO DOLO (NÃO ALTERA A CLASSIFICAÇÃO COMO TERCEIRO)</i>	387
<i>B. A FALSA DIFICULDADE DE HARMONIZAÇÃO</i>	389
<i>C. DESIGUALDADE COM OUTROS SERVIÇOS</i>	390

7.4. PROPOSTA DE MODELO PARA UM REGIME UNIFORME DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AUDITORES NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA 391

7.4.1. SEPARAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO LEGAL OBJETIVA DOS TERCEIROS COM LEGITIMIDADE DOS TERCEIROS SEM LEGITIMIDADE 393

A. INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE LEGÍTIMO NA REPARAÇÃO DE UM DANO 393

7.4.2. A NOSSA PROPOSTA 396

A. O ESTADO COMO TERCEIRO LEGÍTIMO 397

B. POSSÍVEIS QUESTÕES E ESCLARECIMENTOS SOBRE O MODELO PROPOSTO 399

i) A informação financeira divulgada ao mercado ficaria prejudicada? 400

ii) Contrato adicional 402

iii) A legitimidade dos sócios investidores 402

iv) Extensão por dolo? 403

v) Como avaliar a viabilidade da introdução deste modelo? 403

C. VANTAGENS DO MODELO PROPOSTO 404

i) Redução nos custos com os honorários 404

ii) Maior facilidade na obtenção de seguros privados por parte dos auditores e redução na concentração 404

iii) Ativismo acionista 405

iv) Prevenção da over-deterrence e reforço da independência 405

v) Mais soft information: mais valor das auditorias, menos custos de agência 406

<i>CONCLUSÕES</i>	407
<i>REFERÊNCIAS</i>	445
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	445
<i>CÓDIGOS DE CG E PARECERES OFICIAIS</i>	464
<i>UNIÃO EUROPEIA</i>	464
<i>EUA</i>	466
<i>ALEMANHA</i>	467
<i>REINO UNIDO</i>	467
<i>OCDE</i>	469
<i>ESPANHA</i>	469
<i>IOSCO</i>	470
<i>FEA</i>	471
<i>BASILEIA</i>	471
<i>DISCURSOS E TESTEMUNHOS ORAIS OFICIAIS TRANSCRITOS</i>	471
<i>LEGISLAÇÃO, RECOMENDAÇÕES E COMUNICAÇÕES</i>	474
<i>EUA</i>	474
<i>REINO UNIDO</i>	474
<i>ALEMANHA</i>	474
<i>UE</i>	475
<i>ESPANHA</i>	478

JURISPRUDÊNCIA 479

ESPANHA 479

EUA 480

REINO UNIDO 481

PRÓLOGO

As políticas de intervenção legislativa direcionadas ao sector da auditoria em resposta a escândalos empresariais e, mais recentemente, à crise financeira e económica mundial, têm vindo a traduzir-se numa cada vez maior transposição para o Direito geral imperativo de vários dos deveres há muito presentes nos códigos éticos e técnicos da profissão. A isto tem vindo a juntar-se a introdução de novas obrigações, de novas funções, de maiores exigências ao nível dos conteúdos dos relatórios e de novos requisitos de âmbito formal a serem cumpridos por parte dos auditores e dos seus clientes.

Novas vias de debate com a Reforma Europeia da Auditoria no pós-crise

A mais recente reforma da auditoria ao nível da União Europeia veio relançar o debate sobre problemas antigos nesta matéria, introduzir novas medidas e ao mesmo tempo abrir novas vias de estudo relativamente à adequação e oportunidade das mesmas. Assim, muitos dos estudos que foram sendo feitos no pós-Enron e com base num cenário onde prevalecia a autorregulação necessitam agora de ser revistos tendo em conta a constante positivação de disposições que antes se encontravam apenas no âmbito deontológico, ou constituíam soft law. Encontramo-nos ainda num período incipiente da história legislativa da profissão e as novas obrigações que vêm agora a ser requeridas aos auditores necessitam de uma análise cuidada, uma vez que este processo de conversão de recomendações e de disposições deontológicas em normas jurídicas não é isento de possíveis riscos, os quais devem ser devidamente ponderados.

Aspetos centrais da Reforma

A reforma da auditoria incidiu especialmente sobre os aspectos que vêm sendo entendidos como passíveis de condicionar a independência dos auditores. Entre esses, destaca-se a prestação de serviços extra-auditoria (NAS) e os honorários por esses serviços; a rotação externa dos auditores e os períodos de cooling-off; o papel do comité de auditoria como (também ele) "guardião" (interno) da independência dos

auditores e, em geral, o reforço de deveres profissionais (nomeadamente, o ceticismo).

Responsabilidade

A natureza das funções de certificação das contas empresariais, própria da auditoria, tem vindo a motivar a frequente inclusão dos auditores entre os demandados nos casos de crise empresarial.

No entanto, de fora desta reforma ficou, uma vez mais, o tema da responsabilidade dos auditores, uma matéria para a qual não existe ainda uma tomada de posição firme por parte do Direito Europeu das Sociedades, isto apesar do seu efeito dissuasor (deterrence), quando em níveis adequados, do incumprimento dos deveres profissionais e, sobretudo, apesar do incremento de deveres ter consequências imediatas ao nível do apuramento dos critérios da ilicitude e culpabilidade da ação suscetível de provocar responsabilidade em caso de danos resultantes da atividade de auditoria. As novas exigências que resultaram da reforma, colocam o auditor em funções que ultrapassam as de um comum intermediário da informação para assumir funções de prevenção e detecção de fraudes assimiláveis às de uma qualquer entidade pública de supervisão. Além disso, desde o ponto de vista mais amplo do corporate governance é questionável se os intermediários devem ser ao mesmo tempo responsáveis pelo enforcement do cumprimento das obrigações dos emitentes da informação financeira.

METODOLOGIA

No presente estudo começa-se por oferecer uma perspetiva geral das inter-relações, por um lado, entre corporate governance e auditoria e, por outro, entre os escândalos e as reformas subsequentes aos mesmos. Criando-se assim as bases para uma perceção completa das repercussões das reformas em cada um dos aspectos chave da independência, os quais são posteriormente individualizados de forma a permitir uma análise detalhada.

É feita ainda uma aproximação ao conceito de independência, analisando os seus diversos elementos e a sua integração no âmbito da qualidade da auditoria.

A abordagem do tema da responsabilidade civil dos auditores, por se tratar de uma matéria ainda não regulada imperativamente pelo Direito da União Europeia, será realizada através de uma especial incidência nas soluções seguidas pelo ordenamento jurídico espanhol e na sua concretização ao nível judicial, sem prejuízo, ainda assim, das oportunas referências ao direito comparado e da linha condutora de referência ser a Recomendação de 2008 da Comissão Europeia em matéria de responsabilidade civil dos auditores.

Conclui-se o tema da responsabilidade apresentando um modelo original para uma possível introdução futura de uma disposição relativa à responsabilidade dos auditores ao nível do Regulamento para as EIP.

Através do estudo e interpretação das soluções jurídicas, doutriniais e jurisprudenciais, da observação da evolução histórica da profissão de auditoria no contexto do movimento de corporate governance, da análise comparada com as medidas seguidas pelos diversos ordenamentos jurídicos e dos efeitos práticos das mesmas, tenta-se reduzir ao máximo eventuais incertezas nas conclusões e nas propostas apresentadas .

Estudo interdisciplinar

O movimento de corporate governance desde a sua origem tem vindo a servir-se de diversas vias para alcançar os seus objetivos, entre as quais o Direito. No entanto, outras disciplinas apresentam-se como fundamentais para um completo tratamento deste tema, nomeadamente a Economia, a Administração de Empresas, a História a Psicologia Comportamental, ou mesmo a Sociologia. Assim, e apesar do presente estudo se realizar no âmbito do Direito Comercial e das Sociedades Comerciais, apoia-se, não apenas na doutrina jurídica mas ainda nas conclusões que vêm sendo observadas por múltiplos estudos incontornáveis noutras áreas do conhecimento, desenvolvidos ao longo de mais de um século, em particular pelas ciências económicas e contabilísticas. Assim procedendo, pretendemos aproximar-nos, o mais possível, à orientação oferecida por HOPT sobre a forma como deverá ser abordado o Direito da União Europeia nestas áreas, segundo o qual "[a]ny step to more European law in the before-mentioned core areas should not only be left to the forces or deadlocks of political compromise, but in order to be really useful will need to be addressed in a careful, ongoing, policy-oriented, economic and comparative law

discussion." Esta é também a direção apontada pelos mais recentes Princípios de Corporate Governance da OCDE quando se afirma que "[o]s requisitos legais e regulamentares que afetam as práticas de governo das sociedades devem estar em conformidade com o estado de direito e ser transparentes e exequíveis. Caso sejam necessárias novas leis e regulamentações, nomeadamente para lidar com casos óbvios de imperfeições do mercado, estas devem ser concebidas de forma a que torne possível a sua implementação e aplicação de forma eficiente e equânime [...] [d]e modo a evitar o excesso de regulamentação, leis inaplicáveis e consequências não intencionais que possam impedir ou distorcer a dinâmica do negócio, as medidas políticas devem ser concebidas tendo em consideração os seus custos e benefícios globais" .

Assim pois, neste trabalho, na análise que fazemos das várias medidas implementadas nesta matéria procuramos ter sempre presente esse necessário equilíbrio que deve prevalecer entre a promoção da transparência por um lado e a autonomia privada por outro, tendo em consideração os deveres assumidos voluntariamente pelos auditores, as expectativas dos shareholders e dos stakeholders com legitimidade para exigir o cumprimento desses deveres, mas também a liberdade dos agentes económicos privados, nomeadamente dos auditores, de procurarem a maximização do seu investimento e do seu trabalho profissional.

Um estudo em que se analisem os fundamentos da regulação atual da auditoria terá necessariamente de abordar vários dos aspetos dogmáticos e legislativos trazidos pelo corporate governance movement por serem dois temas indissociáveis, algo especialmente observável nas situações de crise empresarial.

O presente estudo incide, assim, sobre o tratamento jurídico da profissão de auditoria enquanto mecanismo para um bom corporate governance e enquanto atividade obrigatória do processo de controlo da informação financeira emitida pelas Entidades de Interesse Público.

A auditoria é estudada sobretudo desde uma perspectiva funcional, centrada, em especial, na análise da adequação jurídica e na eficácia da regulação para a função dos auditores de controladores da transparência da informação financeira divulgada pelas

sociedades aos mercados (gatekeepers), um dos aspetos centrais do corporate governance.

Desta forma, é feito um enquadramento do tema da independência dos auditores no contexto das medidas de reforço da corporate governance.

Ao longo deste trabalho, são analisadas as principais modificações e novidades legislativas introduzidas no Direito da União Europeia em resposta à recente crise financeira em matéria de auditoria, tentando perceber a adequação das mesmas, tendo em conta sobretudo os objetivos de reforço da independência dos auditores, da qualidade das auditorias e da sustentabilidade do mercado da auditoria perante a possibilidade de excesso de regulação e da consequente excessiva responsabilidade (over-deterrence).

Para cada uma das condicionantes da independência procedemos a uma identificação e esquematização das distintas variáveis em questão, de forma a permitir uma visão mais clara e imediata dos problemas em análise.

Análise da independência de forma integrada

Além disso, no atual contexto do desenvolvimento da profissão de auditoria e do corporate governance em geral é, mais do que nunca, necessário ter em consideração a reação dos mercados e da própria profissão às novas medidas imperativas. Nesse sentido, não nos pareceria suficiente centrarmo-nos apenas nas novidades trazidas pela reforma em matéria de obrigações com vista ao reforço da independência e da confiança dos mercados, sem contrapor essas medidas aos atuais regimes de responsabilidade da auditoria. De igual modo, também consideramos que a amplitude das questões que a recente reforma veio trazer a debate ao nível dos deveres dos auditores não se coadunaria com um estudo onde se seguisse o modelo tradicional de tratamento do tema da independência e dos deveres profissionais dos auditores apenas no contexto da análise da culpa para efeitos de apuramento da responsabilidade civil. Assim, no presente trabalho, os diversos problemas associados aos deveres que visam promover a independência são analisados, numa primeira fase separadamente da responsabilidade apenas desde a perspetiva da sua contribuição para a qualidade da auditoria. E só depois de feito o devido aprofundamento de cada um desses temas se

passa para a sua contraposição aos regimes de responsabilidade, pois, só assim, consideramos estar na posse dos dados suficientes para proceder a uma ponderação unificada da adequação do atual regime jurídico da profissão de auditoria para a qualidade e para os demais objetivos pretendidos pela reforma.

Perspetiva histórica

Possíveis avanços nesta área não poderão apenas ter como referência a Enron e a crise económica porque muitas das questões que agora voltaram a aflorar já vêm ocorrendo e sendo discutidas vastamente, em especial nos EUA, desde os anos 30 do séc XX. Por isso, ao longo de todo o trabalho, vai sendo realizado o respetivo enquadramento histórico-legislativo pertinente. Uma vez que, sem perspectiva histórica, corremos o risco de andar constantemente a repetir erros do passado e a produzir legislação à medida dos problemas manifestados por cada crise até que surja uma nova crise ou escândalo que venha mostrar as insuficiências, excessos ou deficiências legislativas.

Análise comparada e tratamento global

A natureza global da economia e de funcionamento dos negócios na atualidade obriga a que a análise da legislação comercial e societária se adapte a esta realidade.

A atual estrutura económica mundial e a possibilidade de intervenção instantânea e simultânea dos agentes económicos nos mercados dos diversos países possibilitada pela rapidez e disponibilidade das novas tecnologias, faz com que o tema da auditoria venha sendo abordado e tratado cada vez mais numa perspetiva transnacional integrada, devido à própria natureza transfronteiriça das multinacionais.

Seguindo esta perspetiva, o presente estudo procede a uma análise de diversas das questões nesta matéria que vêm sendo objeto de tratamento legislativo e doutrinal, numa perspetiva internacional. Ainda assim, as várias possibilidades deixadas em aberto tanto pela nova versão da Diretiva como pelo Regulamento para as EIP, obriga ainda a que nos tenhamos de debruçar sobre as diversas opções seguidas ao nível interno no momento da transposição das novas medidas.

As restrições próprias de um estudo sobretudo de carácter individual e o objetivo de que o mesmo constitua não apenas um instrumento de desenvolvimento doutrinal mas

que também possa resultar de interesse prático para os profissionais ligados ao Direito, à Auditoria, à Administração de empresas e, em geral, aos diversos agentes de mercado, levam-nos a centrar a análise jurídica no vigente Direito da União Europeia e na transposição do mesmo realizada para o ordenamento jurídico de Espanha e nas soluções adotadas, em alguns aspetos essenciais para este estudo por outros ordenamentos jurídicos de referência mundial para o tema da auditoria e do corporate governance, designadamente o dos EUA, do Reino Unido e da Alemanha. Face à nacionalidade do autor serão pontualmente também realizadas algumas referências ao ordenamento jurídico de Portugal.

CAMINHOS POLÍTICO-JURÍDICOS DE FUTURO

Em termos de política de auditoria a seguir de futuro são apresentadas diversas soluções ao longo de todo o estudo e para cada um dos temas.

Por um tratamento cada vez mais internacional destes temas

Ao legislar-se sobre uma profissão cuja tarefa fundamental consiste em rever contas, aquilo que há que assegurar, acima de tudo, é que esse trabalho seja realizado com o máximo de qualidade e contribua para uma adequada perceção da real situação empresarial, independentemente do país onde se realize a auditoria ou onde esteja sedeadada a empresa cliente.

Muitas das questões em termos de política legislativa nesta matéria que vinham sendo discutidas ao nível interno perderam grande parte da sua anterior relevância teórica desde o momento em que foram adotadas soluções supranacionais imperativas ao nível da União.

Nesse sentido o processo de harmonização tem vindo a retirar cada vez mais espaço ao Direito interno dos Estados Membros em matéria de auditoria.

O facto de a Comissão ter recorrido a um Regulamento é bem reflexo da cada vez maior necessidade de uma abordagem dos vários temas chave nesta matéria desde um ponto de vista global, que permita aos diversos agentes económicos, em especial aos auditores e aos seus clientes a operarem simultaneamente em diversos Estados, adotar os procedimentos necessários para o cumprimento das inúmeras exigências

normativas e, ao mesmo tempo, salvaguardarem-se de possíveis situações de responsabilidade.

A regulação da profissão de auditoria, enquanto atividade privada de supervisão externa da atividade das empresas e como mecanismo de corporate governance, tem também de seguir, cada vez mais, esta via da internacionalização, caso contrário a efetividade das normas nesta matéria poderá ficar seriamente afetada.

O problema de percepção da responsabilidade

Através deste estudo conseguimos perceber existir um problema estrutural e generalizado de perceção das funções da responsabilidade dos auditores e do seu enquadramento nos regimes gerais de responsabilidade civil.

Nomeadamente, mesmo após as funções de colaboração na elaboração da informação financeira terem vindo a ser absolutamente proibidas e a auditoria ter-se definitivamente assumido como um serviço externo e independente, manteve-se a perceção de que os auditores e a entidade auditada elaboravam as contas em conjunto, tendo continuado, em alguns Estados Membros a aceitar-se a manutenção de regimes de responsabilidade solidária dos auditores com a empresa pelos defeitos da informação financeira, sem se fazer a necessária distinção entre o relatório de auditoria e as contas auditadas. Assim pois, alguns dos mais recentes estudos económicos neste tema, têm mostrado que um regime em que se admita a responsabilização objetiva (strict liability) do auditor não apresenta vantagens ao nível da diligência do auditor . BIGUS, a esse respeito, verificou ainda que um regime em que o auditor possa ser chamado a responder mesmo quando tenha atuado em conformidade com as suas obrigações contribui para honorários mais elevados e desincentiva o comportamento diligente, considerando, perante essa observação, mais adequado um regime de responsabilidade assente na culpa (negligence rule) . A responsabilidade solidária apresenta-se, assim, como um regime ultrapassado e por isso inadequado na atual realidade da profissão.

Apontamos ainda como necessário que se contrarie a tendência para a objetivação da culpa resultante da positivação dos deveres éticos.

É desejável que a determinação da culpa continue a ter em conta em consideração factores de natureza subjetiva fora dos agora positivados, como a comparação da conduta do auditor em questão com a de outro profissional nas mesmas circunstâncias, os costumes e práticas profissionais consensualmente aceites e os demais princípios de deontologia profissional (princípios éticos), para além do ceticismo profissional (do ponto de vista comportamental e não simplesmente conforme a definição apresentada na Diretiva).

Over-deterrence

Além disso, os deveres técnicos e deontológicos emanados pela pelas associações que regulam a profissão desde há muito que vêm sendo reconhecidos pelos tribunais como padrão de delimitação dos deveres constitutivos de responsabilidade. Com a transposição para o campo legislativo de muitos desses deveres profissionais e a junção de novos deveres e funções os auditores encontram-se cada vez mais expostos à responsabilidade civil. Assim pois, o tema da responsabilidade é especialmente sensível e uma situação de excessiva responsabilidade (over-deterrence) poderá colocar a profissão de auditoria numa situação de inaceitável insegurança jurídica que, em último caso, poderá ter efeitos contraproducentes relativamente aos objetivos pretendidos pelas reformas legislativas nesta área, nomeadamente, ao nível do reforço da independência dos auditores, da qualidade das auditorias, do reforço da confiança dos investidores e da prevenção de futuras crises empresariais. Podendo ainda por em causa o papel e potencial valor acrescido da profissão enquanto atividade de interesse público e agravar a concentração do mercado.

Auditoria como deterrence mas não enforcement

Entendemos assim, que uma coisa é pretender-se que a auditoria sirva como mecanismo de deterrence das condutas desviadas dos administradores, outra coisa distinta é que os auditores possam ser responsabilizados pelo falta de diligência ou por fraudes dos emitentes da informação ("o auditor é um "watch dog, but not a bloodhound"). A auditoria pode constituir um útil mecanismo de desincentivo de condutas desviadas por parte dos responsáveis das empresas e de prevenção da qualidade e transparência da informação empresarial, no entanto, enquanto atividade

privada, que depende primariamente dos seus clientes para a sua subsistência não constitui um mecanismo adequado de enforcement.

Intervenção legislativa estratégica e assente em bases científicas sólidas

Entende-se que qualquer intervenção jurídica na profissão (e nas diversas matérias do corporate governance em geral) tem de ter bem presente a natureza da profissão e as finalidades que se pretende alcançar com a sua existência. Desta forma, a intervenção legislativa nestas matérias, no sentido de condicionar os comportamentos dos agentes económicos, apenas se deverá realizar quando existam estudos e bases empíricas que confirmem um grau de certeza suficiente de que essa intervenção poderá trazer resultados benéficos. Caso contrário corre-se o risco de se estar forçar a alteração de realidades que se foram construindo ao longo de séculos de evolução dos negócios. A União Europeia deverá pois manter-se atenta, de forma a intervir no sentido de prevenir abusos, fraudes e outras distorções de mercado, mas não deve pretender criar situações demasiado afastadas da realidade ou que colidam com as soluções que foram sendo encontradas pelos próprios mercados para resolver os seus problemas ao longo da história, de forma a que com essa intervenção não se criem distorções prejudiciais para o bom funcionamento do sistema económico.

Em especial, mais do que medidas que procurem o reforço da aparência de independência dos auditores, são necessárias medidas que efetivamente contribuam para a independência real. Caso assim não se proceda apenas se estará a agravar o nível de exposição à responsabilidade dos auditores e os efeitos de melhoria ao nível da independência e da qualidade podem não ser alcançados e, em alguns casos, até ficar prejudicados.

Em conclusão, o legislador que vem exigir maior objetividade à atuação dos auditores tem, também ele, de dar o exemplo e ser objetivo, para isso é necessária a contribuição das ciências jurídicas, económicas e comportamentais para que se adotem orientações legais independentes, objetivas e informadas. Deve ainda centrar-se em conferir segurança jurídica aos diversos agentes económicos, proteger as suas legítimas expectativas e proteger a economia das condutas irregulares ou fraudulentas.

Este trabalho pretende vir dar um modesto contributo nesse sentido.

INTRODUÇÃO

As sociedades comerciais, em especial as que recorrem aos mercados de valores como forma de financiarem a sua atividade e as que, pela sua dimensão, mais influenciam a atividade económica, estão legalmente obrigadas à divulgação da sua informação financeira e à contratação dos serviços de um auditor para a rever e certificar¹.

Pretende-se deste modo garantir que as contas apresentadas pelos responsáveis das sociedades auditadas correspondem à realidade, isto é, que apresentam uma imagem fiel da situação patrimonial da empresa em causa.

Essa garantia é condição essencial para gerar confiança em todos aqueles com possíveis interesses nas empresas, como os acionistas (*shareholders*) e potenciais investidores, credores, trabalhadores ou fornecedores (*stakeholders*), permitindo-lhes adotar decisões informadas, nomeadamente no momento de investirem na compra de valores da sociedade ou de concederem crédito à mesma.

A auditoria contribui, assim, para ajudar a corrigir um dos principais problemas associado ao sistema de funcionamento das sociedades comerciais - a assimetria da informação² - que inevitavelmente se verifica entre aqueles que se encontram

¹ Pois, como realça COUTINHO DE ABREU, "[s]ó devidamente informados podem estes [sócios e público em geral] exercer adequada fiscalização do funcionamento das sociedades", v. Jorge Manuel Coutinho De Abreu, *Governança das Sociedades Comerciais*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 29. Em Portugal, tradicionalmente os auditores vêm sendo designados por Revisores Oficiais de Contas (ROC). Essa expressão ainda se mantém em uso, sobretudo para referir-se ao auditor interno (fiscal único ou membro do conselho fiscal), no entanto cada vez mais vem sendo utilizado o termo "auditor" tanto a nível doutrinal como ao nível oficial, nomeadamente por parte da entidade pública de supervisão da auditoria - a Comissão Nacional de Mercados de Valores (CMVM) e mais recentemente essa é a designação usada pela Lei n.º 148/2015, de 9 de setembro que aprova o "Regime Jurídico da Supervisão de Auditoria" pelo qual se transpõe para o ordenamento jurídico português as mais recentes reformas ao nível da UE. No presente trabalho serão pois utilizados os termos auditor e sociedade de auditoria, (ou sociedade de auditores), por um lado, porque toda a abordagem estará centrada no auditor externo e, por outro, por ser esta a designação internacionalmente estabelecida. Nas transcrições, que oportunamente serão realizadas, de trechos da legislação da União Europeia em versão portuguesa, opta-se também por usar esta designação em lugar da tradicional por entendermos assim se facilitar a leitura e interpretação das respetivas disposições. Para um aprofundamento da evolução da figura dos auditores no âmbito dos sistemas de fiscalização interna e externa das sociedades em Portugal, v., por todos, *id.* p. 175 e ss.

² Para uma perspectiva mais aprofundada sobre o tema da assimetria da informação e da sua relevância sobretudo para as decisões dos investidores, v. B.S. Black, «Legal and Institutional Preconditions for

integrados na estrutura orgânica da empresa e conduzem a atividade da mesma, designadamente os administradores e gestores, e os elementos externos à empresa mas que nela detêm interesses legítimos uma vez que também eles contribuem economicamente para essa atividade³.

Entre as reformas legislativas por parte da União Europeia à crise económica mundial iniciada em 2007/08, a do sector da auditoria assumiu-se como uma das mais importantes, sendo essa a que serve de referência jurídica central ao presente estudo⁴.

Esta reforma materializou-se na publicação da Diretiva 2014/56/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, que alterou a Diretiva 2006/43/CE⁵ relativa à revisão legal das contas anuais e consolidadas e do Regulamento (UE) n.º 537/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, relativo

Strong Securities Markets, The», *UCLA L. Rev.* 48 (2000), 786. Onde se refere que: “*A critical barrier that stands between issuers of common shares and public investors is asymmetric information. The value of a company's shares depends on the company's future prospects. The company's past performance is an important guide to future prospects. The company's insiders know about both past performance and future prospects. They need to deliver this information to investors so that investors can value the company's shares. Delivering information to investors is easy, but delivering credible information is hard. Insiders have an incentive to exaggerate the issuer's performance and prospects, and investors can't directly verify the information that the issuer provides. This problem is especially serious for small companies and companies that are selling shares to the public for the first time. For these companies, investors can't rely on the company's prior reputation to signal the quality of the information that it provides*”. V., ainda, Jan Barton, «Who cares about Auditor Reputation», *Contemporary Accounting Research* 22, n. 3 (2005), pp. 549–586.

³ Neste sentido, v. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, «A responsabilidade civil do auditor de uma sociedade cotada», *Revista da Ordem dos Advogados* 65, n. 3 (2005). “As auditorias são necessárias para corrigir as assimetrias de informação existentes nos mercados de valores entre a parte que põe os valores à venda e os possíveis compradores”. V. também, Eva Vogt, *Abschlussprüferhaftung gegenüber Dritten in Deutschland und den USA*, 1.^a ed. (Baden- Baden: Nomos, 2009), p. 20.: “*Um den Wert von Wertpapieren bestimmen zu können, benötigen Anleger eine Vielzahl von Informationen über das Unternehmen, dessen Wertpapiere sie erwerben möchten. Dies gilt zumindest für die »outside Investors« oder Portfolioanleger, die keine unternehmerischen Interessen verfolgen und auch keinen Zugang zu Insiderinformationen haben. Hiervon zu unterscheiden sind »blockholder«, welche Minder- oder Mehrheitsbeteiligungen an Unternehmen halten und in deren Organen vertreten sind. Sie verfügen über Insiderinformationen und für sie sind Kapitalmarktinformationen deshalb überflüssig. Publizitätspflichten dienen den »outside Investors«, die Informationen benötigen, um Wertpapiere bewerten zu können.*”

⁴ V. Ponto 1 da *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo aos requisitos específicos para a revisão legal das contas de entidades de interesse público*, (daqui em diante, apenas, “Proposta de Regulamento”), *op. cit.* : “É importante sublinhar que, numa crise em que 4 588,9 mil milhões de euros, do bolso dos contribuintes, foram destinados a apoiar os bancos entre Outubro de 2008 e Outubro de 2009, tendo esse apoio representado 39% do PIB da UE 27 em 2009¹, todas as componentes do sistema financeiro necessitam ser melhoradas”.

⁵ Diretiva 2006/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Maio de 2006, relativa à revisão legal das contas anuais e consolidadas, que altera as Diretivas 78/660/CEE e 83/349/CEE do Conselho e que revoga a Diretiva 84/253/CEE do Conselho, JO L 157, 09 de Junho de 2006.

aos requisitos específicos para a revisão legal de contas das entidades de interesse público e que revoga a Decisão 2005/909/CE da Comissão⁶(daqui em diante a versão anterior da Diretiva de Auditoria será designada apenas por DA2006, a versão vigente, por DA2014 e o Regulamento n.º537/2014, apenas por "Regulamento" e o conjunto das reformas, apenas por, a "Reforma").

Apesar de ambos estes diplomas terem sido objeto de publicação em Junho de 2014 a grande maioria das disposições apenas entrou em vigor dois anos depois (em de junho de 2016). Para além disso, algumas medidas, como as relativas à obrigatoriedade de rotação da sociedade e rede de auditoria para contratos de auditoria mais antigos, vêm acompanhadas de disposições transitórias que dilatam ainda por alguns anos mais o período até que a completa aplicação das novas medidas esteja finalizado.

Por isso, desde logo, em termos temporais, este estudo surge num momento crucial do processo de implantação das novas normas, esperando-se que este fator de oportunidade constitua um valor adicional aos objetivos da reforma, nomeadamente reforçar a confiança dos mercados e a reputação da profissão de auditoria.

Como veremos, nem os problemas revelados pela crise, nem a reação legislativa que se seguiu no sentido de minimizar a possibilidade de ocorrência de situações semelhantes constituem novidade, ainda assim, esta viria a ser a mais profunda reforma legislativa da profissão de auditoria até ao presente.

A prolífera atividade legislativa veio trazer novas questões que necessitam por isso de novas análises, em especial, porque muitas das medidas adotadas foram condicionadas pela urgência de restaurar a confiança nos mercados característica das situações pós-crise.

Assim, se a intensa intervenção legislativa, no sector da auditoria, que se seguiu aos primeiros escândalos empresariais do século XX, teve por fundamento a necessidade de corrigir supostas insuficiências associadas ao sistema de autorregulação, entendemos que a mais recente resposta à crise deveria servir já para corrigir as insuficiências ao nível da legislação que entretanto foi sendo adotada para regular

⁶ JO L 158, 27.5.2014

imperativamente a profissão.

É assim o momento de se avaliar a eficácia da cada vez maior intervenção legislativa neste sector de atividade e de perceber se a intervenção pública está a avançar na direção adequada às necessidades da profissão⁷, dos seus clientes, dos mercados de capitais e da economia global.

⁷ V. "Fundamentos Jurídicos da Proposta de Regulamento (3.2).

CONCLUSÕES

I

Depois de uma exposição de alguns dos mais destacados conceitos de corporate governance, avança-se com uma definição própria, para efeitos deste estudo, uma definição ampla e assente na ideia de "melhorar", entendendo-se corporate governance como o complexo de mecanismos, recomendações, estudos, normas e disposições imperativas, orientado à proteção dos interesses dos *shareholders* e *stakeholders* e à promoção de condutas eticamente corretas por parte dos agentes de mercado.

Com o nosso estudo observa-se como a natureza e funções da auditoria servem o objetivo preocupações perseguidos pelo movimento de corporate governance, tal como este viria a configurar-se na doutrina jurídico-económica a partir sobretudo dos anos 70 do século anterior.

A análise histórica e o aprofundamento dos conceito de corporate governance, bem como a clarificação da natureza da profissão de auditoria permitem-nos afirmar atualmente indiscutível enquadramento temático do tratamento desta no complexo dos mecanismos de corporate governance.

Pelo aprofundamento das relações históricas do corporate governance com a auditoria (1.2), desde o surgimento da auditoria no Reino Unido até ao seu desenvolvimento no contexto do *corporate capitalism* norteamericano do século XX ("*americanization of the audit practice*") foi-nos possível confirmar a incapacidade da profissão de por si só, para evitar práticas empresariais ilícitas e contrárias aos interesses dos investidores e da economia em geral e como a perceção dessa incapacidade tem impulsionado importantes movimentos reformistas ao nível da legislação societária.

Esta inter-relação entre auditoria e CG é observável em aspectos como eficácia dos sistemas de divulgação da informação financeira empresarial aos *stakeholders*, cabendo aos auditores a tarefa de verificação dessa informação e a de garantir que ela corresponde à realidade da situação patrimonial da empresa. Além disso, a auditoria outorga credibilidade aos sistemas de divulgação da informação financeira,

contribuindo positivamente para a redução dos "*transaction costs*" e em geral para a *deterrence* de fraudes.

Observamos assim que, em reação a estes escândalos, distintas comissões de inquérito (*e.g.* Metcalf, Treadway) viriam a produzir, já nessa época, relatórios onde eram identificados grande parte dos problemas que constituem ainda hoje objeto de debate ao nível da regulação da auditoria.

II

Verificamos que o capital reputacional (reputação) apresenta-se como um elemento fundamental para o exercício efetivo da função de *gatekeeper* por parte do auditor.

Assim, a manutenção da reputação da profissão não é apenas do interesse dos mercados, mas também dos auditores (ainda que nem sempre a sua atuação se tenha revelado coerente com esse interesse), tendo em conta que quanto maior for a sua reputação, maior a sua capacidade para atrair clientes.

Perante isto, conclui-se afirmando a necessidade de que as opções político-jurídicas nesta matéria deverão procurar encontrar um equilíbrio entre a promoção da independência, através da imposição de medidas preventivas, sem no entanto prejudicar aquele interesse próprio dos auditores em manterem, através de uma atuação diligente, a sua reputação profissional.

O estudo do caso Enron permite-nos extrair algumas conclusões importantes, nomeadamente que na "era digital" os efeitos prejudiciais dos escândalos ao nível da reputação dos auditores são potenciados e por outro lado a pressão social e política para a adoção de reformas aumenta drasticamente. Um fator que vimos entendendo poder contribuir de forma negativa para a adequada ponderação e fundamentação dogmática das soluções político-jurídicas adotadas.

Conclui-se no entanto por aceitar que para o caso Enron, à semelhança do que sempre veio ocorrendo anteriormente, não é possível apontar culpados únicos nem causas exclusivas para as fraudes, tratando-se antes de uma conjugação de fatores, nomeadamente fatores totalmente extra-jurídicos. Isso mesmo é demonstrado com a contraposição das posições de diversos autores.

Verifica-se ainda que foi com o caso Enron que seriam definitivamente abandonadas as concepções de corporate governance que não tomavam em consideração a auditoria como mecanismo externo de fiscalização.

III

Consideramos a transposição do conceito de ceticismo profissional para o direito geral como desnecessária (porque ser esse um dever já previsto nas normas profissionais) e inadequado, porque se trata de um conceito de natureza iminentemente psicológico e as definições legais apresentadas são sempre insuficientes e suscetíveis de criar barreiras e limitações a um conceito que, a manter-se no plano deontológico poderia ser mais abrangente e, por isso mesmo, mais útil em termos de fomentar a independência real. Dessa forma vemos a positivação deste conceito mais como uma medida cosmética com vista apenas ao reforço da independência aparente. A apresentação de uma extensa lista de exemplos, como forma de definição deste conceito na LAC, demonstra bem a inadequação da introdução deste conceito num diploma de nível legal.

Ainda que o dever de ceticismo, não corresponda a um dever de detecção de fraudes (o que aliás tem vindo a ser confirmado pela jurisprudência), na nova redação da Diretiva e na Reforma considerada no seu conjunto, consegue perceber-se uma tendência no sentido de delegar funções normalmente próprias das entidades públicas de supervisão ou de investigação criminal nos auditores. Esta nossa constatação (3.5.3) é especialmente observável no reforço das obrigações e dos meios de comunicação entre os auditores e os supervisores das EIP trazido pela Reforma (e na adaptação desta na LAC) e pela obrigação de que toda a auditoria seja planificada e executada pensando na possibilidade da existência de irregularidades ou fraudes. Desta forma, caso entretanto se venha a verificar que existia uma fraude nas contas auditadas, mas que a mesma não foi detectada pelo auditor, da nova legislação parece resultar, uma presunção ilidível de que o trabalho de auditoria não foi realizado conforme à *lex artis*, caso contrário, deveria ter permitido a detecção da mesma e o auditor deveria ter dado conhecimento dessa situação no seu relatório.

A incorporação deste princípio pela Diretiva e a subsequente transposição para o direito interno dos EM, nomeadamente de Espanha, parece-nos que veio ampliar

excessivamente as obrigações dos auditores (diligência devida) sobretudo para efeitos de ponderação da culpa ou negligência ao nível da responsabilidade. Esta ampliação é suscetível de provocar uma ainda maior insegurança para a profissão em termos de exposição à responsabilidade e dificuldades adicionais ao Julgador, em especial face à natureza indeterminada e subjetiva daquele conceito .

Finalmente, a menção à detecção de fraudes, na Diretiva ou na LAC se observada por um intérprete mais atento, pode contribuir ainda gerar ainda maiores e mais desfasadas expectativas (expectation gap) relativamente às auditorias e com isso concorrer ainda mais para a litigação excessiva contra a profissão.

Conclui-se este ponto afirmando que a identificação daquele conceito com a legislação reguladora da profissão, e a cada vez maior conversão de normas técnicas emanadas da autorregulação em legislação, torna ainda mais relevante que estas últimas contribuam como incentivo a uma atuação diligente que sirva de contrapeso a todos os outros incentivos que podem condicionar uma atuação independente e a levar a uma colaboração com o cliente na prática de atos fraudulentos. Devendo assim assegurar-se a necessária segurança jurídica de que a atividade de auditoria, se exercida de forma diligente e num estado de independência real não constitui em si mesmo uma atividade de risco.

A identificação da diligência exigível com todas as normas que regulam a profissão se, por um lado, pode ajudar na tarefa de identificação da eventual presença do elemento culposos (minimizando assim o expectations gap e a litigação que deste decorre), por outro lado é suscetível de causar uma situação de "excesso de responsabilidade"(*over-deterrence*) e com isso uma atuação por parte do auditor centrada no seguimento estrito dos formalismos exigidos pelas normas na tentativa de salvaguarda-se de situações que ponham em causa a sua responsabilidade pessoal em detrimento de uma atitude profissional mais inquisitiva que tenha em conta as circunstâncias particulares de cada empresa ou operação financeira, prejudicando dessa forma, a detecção e denúncia por parte do auditor de situações nas demonstrações financeiras do cliente que saiam fora do previsto nas normas.

Considera-se ser negativa a excessiva imposição de deveres (tendencialmente) orientados ao reforço da percepção da independência por parte de terceiros, para

assim promover a confiança dos agentes económicos. Consideramos que a independência em aparência deveria ser uma decorrência da independência efetiva, e não o contrário.

A prioridade do legislador deve ser pois o reforço da independência efetiva por ser essa a única que poderá a médio e longo prazo contribuir para uma redução na ocorrência de fraudes contabilísticas envolvendo a profissão auditora.

IV

As novas exigências podem ainda prejudicar o objetivo anunciado pela Reforma de reduzir a concentração no mercado, porque mais do que nunca, as grandes redes são as que se encontram em melhores condições para cumprir com as novas obrigações. Estas funções de supervisão por parte dos auditores não se verifica apenas nos aspetos da independência mas também ao nível do cumprimento do corporate governance em geral .

Identificam-se ainda alguns fatores adicionais, de natureza reputacional e legal, que entendemos vêm contribuindo de forma importante para a concentração do sector da auditoria, nomeadamente o sucesso alcançado pelas firmas que mais se especializaram na prestação de NAS, o maior capital reputacional associado às "BigN", (o qual, segundo DeANGELO, é justificado e resulta de estas firmas terem efetivamente capacidade para prestar serviços de maior qualidade).

Considera-se ainda que o nível de risco de responsabilidade a que se encontram expostos os auditores, associado à incapacidade de obtenção de seguros adequados para cobrir esses riscos, apresentam-se como fatores que contribuem para um ambiente propício a que as sociedades de auditoria se juntem de forma a conseguirem uma maior segurança económica.

Conclui-se esta análise centrando especial atenção nas (2.6.2.C) restrições à entrada de capital externo à auditoria, um aspeto que entendemos contribuir especialmente para o fenómeno da concentração. A eliminação destas restrições fazia parte da Proposta inicial de Diretiva da Comissão Europeia no entanto não viria a ser acolhida na versão atual. Dessa forma, entende-se que para que a reforma tivesse seguido de

forma coerente o objetivo de reduzir a concentração, deveria de ter aberto a possibilidade de entrada capital extra-auditoria para estas firmas.

A defesa feita da necessidade de remover aquele tipo de restrições para a resolução do problema da concentração apoia-se nos resultados do estudo encomendado pela Comissão Europeia à consultora Oxera onde se verificou que "na prática, a independência não seria afetada pela entrada de capital externo à auditoria nestas sociedades" e onde também se recomendava a remoção daquelas restrições.

Neste sentido, afirma-se que o fato de que esta proposta tenha vindo a ser rejeitada na versão final da Diretiva parece ser sobretudo favorável à manutenção do atual oligopólio.

Conclui-se que desmembramento da Arthur Anderson, mostrou ser possível gerar-se ainda uma maior concentração perante um caso de perda súbita do capital reputacional de alguma das atuais Big4, o que, como também confirmou a consultora OXERA em 2007, poderia trazer consequências imprevisíveis para a economia mundial.

V

Salienta-se a particularidade da *Ley de Auditoria de Cuentas* (LAC) de 2015 não se ter limitado à transposição da Diretiva, optando por unificar o novo regime dualístico da auditoria trazido pelas reformas europeias de 2014, passando agora a contar com um título dedicado à auditoria de carácter geral e outro para auditoria das EIP.

Em termos formais, no entanto, salienta-se que o meritório esforço legislativo de se incorporar num só documento as modificações introduzidas na DA2006 e pelo novo Regulamento, ficaria bastante prejudicado por uma redação pouco aprimorada, com artigos excessivamente extensos e intercalados por remissões constantes para o Regulamento 573/2014, o que obriga o intérprete a ter de recorrer ao Regulamento, à Diretiva e à LAC da mesma forma que teria de fazer caso não tivesse havido esta unificação.

VI

Após a análise profunda dos elementos que constituem o conceito de independência verificamos que este é condição essencial do próprio conceito legal de auditoria.

Como resultado desta nossa perspectiva vimos considerar que, tal como a mera verificação da informação sem emissão de relatório não se constitui como uma auditoria legal, se a opinião transmitida pelo auditor a terceiros sobre a verificação realizada não tiver sido formulado num estado mental ou aparente suficiente de independência, também não haverá auditoria tal como se configura legalmente esta atividade na atualidade. Dá-se como exemplo desta nossa afirmação o de um trabalho de revisão de contas, realizado por um profissional habilitado para realizar a auditoria, mas que seja funcionário da própria empresa (auditor interno), ainda que no final viesse a emitir publicamente um relatório onde certificasse a informação financeira auditada, não poderia ser considerado legalmente como um trabalho de auditoria porque faltaria a necessária independência fruto do vínculo contratual como funcionário da empresa. Daqui conclui-se que a previsão legal expressa do dever de independência não é constitutiva desse dever uma vez que este é inerente ao conceito de auditoria externa, tendo apenas como finalidade reforçar juridicamente (sobretudo face aos escândalos e à pressão pública) um dever próprio da condição de auditor que decorre já dos princípios deontológicos internacionalmente aceites como requisito da auditoria (mesmo nos casos em que não se trate de uma auditoria obrigatória).

VII

A distinção entre independência real e aparente é de especial relevância pois, ao contrário do que tem vindo a ocorrer na sequência de escândalos, consideramos que a preocupação do legislador deveria centrar-se especialmente no reforço da independência real e menos com a independência em aparência.

Exemplificamos esta nossa consideração apontando as medidas mais destacadas no sentido de reforço da independência aparente, entre as quais se encontra a criação de uma lista de serviços extra-auditoria absolutamente proibidos de serem prestados pelos auditores à mesma entidade à qual prestem serviços de auditoria (*black list*) e as limitações aos honorários que podem ser recebidos por um mesmo cliente .

Além disso, um excesso de preocupação em criar uma aparência de independência se

não for acompanhado por mudanças reais, irá necessariamente agravar ainda mais o *expectations gap* e, tal como no caso da imposição de deveres imprecisos, acima mencionada, pode igualmente conduzir a um cumprimento formal das várias restrições por parte dos auditores sem que esse cumprimento se traduza numa maior segurança quanto ao nível da objetividade do relatório, criando-se dessa modo um risco acrescido para os investidores. A ineficácia de várias das estritas medidas adoptadas pela SOX em 2002 para evitar os escândalos verificados nos Estados Unidos e que vieram a dar origem à crise confirmam este nosso entendimento. Assim pois, muitas dessas medidas, estavam sobretudo direccionadas a restaurar a confiança dos investidores depois do impacto nos mercados do escândalo Enron, promovendo sobretudo a independência em aparência

Desta forma, a preocupação legislativa deveria estar centrada na criação das condições para fomentar a independência real, a única e verdadeira independência, tal não se consegue porém, simplesmente impondo mais restrições, mas sobretudo reforçando os incentivos para que os profissionais de auditoria sintam necessidade de voltar a reclamar a sua condição de intermediário reputacional por excelência.

VIII

Com a crescente regulação legal das matérias que antes se encontravam apenas no domínio do *softlaw* os códigos de corporate governance assumem cada vez mais a função de ajuda à implementação e clarificação da legislação adoptada, em moldes muito semelhantes aos realizados por um qualquer regulamento legal. Perante isto, entendemos que tanto a doutrina como o legislador deverão continuar a manter uma permanente atenção tanto às soluções propostas por estes códigos como ao seu nível de implementação e seguimento por parte das empresas e dos operadores de mercado em geral.

Com o estudo dos códigos de corporate governance é de assinalar o facto de ser cada vez mais frequente encontrar recomendações contidas neste códigos a transformarem-se em normas jurídicas imperativas, o que obriga a estar atento às novas disposições que venham sendo introduzidas nestes códigos e aos níveis de receptividade e seguimento das medidas por parte dos operadores de mercado de forma a garantir uma maior viabilidade e eficácia das medidas que venham a adquirir imperatividade.

Consideramos ainda de extrema importância que o estatuto e nível de exigência de cumprimento e as sanções eventualmente aplicáveis estejam devidamente clarificadas nos textos legais que a eles se referem. De outra forma poderão contribuir para a formação de expectativas falsas entre os acionistas e investidores.

Relativamente à mais recente versão dos princípios da OCDE (2015), conclui-se que, em contraste com as versões anteriores, após a incorporação do guia de 2006 e das novas disposições em resposta à crise, apresenta-se, bastante desorganizada e por isso, na abordagem feita, procedemos a uma re-organização dos diversos temas relacionados com a auditoria de forma a assim permitir uma melhor interpretação dos mesmos para este estudo e deixando ao mesmo tempo essa tarefa mais facilitada para futuros estudos que venham a abordar estes Princípios. Dessa forma apresenta-se uma divisão temática original, assente nos seguintes temas: obrigatoriedade da auditoria e independência dos auditores (3.6.2.A); conteúdo do relatório de auditoria (3.6.2.B); supervisão externa à auditoria (3.6.2.C); comité de auditoria (3.6.2.D); serviços extra-auditoria e honorários (3.6.2.E) e; duração dos contratos e rotação (3.6.2.F).

IX

Já o Informe Olivencia vinha considerar que o caminho em matéria de divulgação da informação financeira deveria passar pelo desenvolvimento de um sistema de transparência que abraja também a informação qualitativa (*soft information*) e não apenas a "*información cuantitativa*" (económica e contabilística) e a de impacto mais imediato (*hechos relevantes*).

A propósito das medidas que visaram trazer maior detalhe e profundidade ao relatório de auditoria (4.3.5.B.) aproveitamos pois para salientar a importância da *soft information* e do *financial forecasting*. Nesta matéria consideramos que sobretudo nos momentos posteriores aos escândalos em que a reputação e a perceção de independência ficam especialmente prejudicadas, a elaboração de relatórios suficientemente informativos é fundamental para restaurar a confiança nos mercados e na independência dos auditores. Isso não se consegue porém com relatórios vagos e não suficientemente explicativos dos vários aspetos efetivamente fiscalizados pelo

auditor e que lhe permitiram formular a sua opinião final. Antes pelo contrário, relatórios vagos não apenas acrescentam pouco valor à auditoria enquanto mecanismo ao serviço do bom governo corporativo como ainda contribuem para uma perceção de incerteza sobre a qualidade do trabalho de auditoria.

X

Apesar das boas intenções manifestadas inicialmente, o difícil processo de conciliação dos mais diversos interesses em jogo na recente Reforma da auditoria ao nível da UE resultou num Regulamento que está longe de conferir a referida segurança jurídica e a máxima harmonização que se esperaria de um instrumento desta natureza ao deixar, como observámos, demasiadas opções em aberto para que a legislação interna dos Estados-Membros opte por aplicar medidas mais estritas, pondo assim em causa uma verdadeira harmonização, além de poder ainda vir a provocar dificuldades adicionais no momento de dar cumprimento a determinadas restrições quando em causa estejam EIP a operar de forma transfronteiriça. Uma situação agravada pelo distinto alcance do conceito de EIP entre os Estados-Membros.

Desta forma, em vez de se constituir como um instrumento único de regulação da auditoria em toda a União, o Regulamento veio acrescentar uma camada mais de normas sobre a Diretiva e as disposições internas de cada Estado-Membro. Esta flexibilidade excessiva desvirtua assim a natureza jurídica do Regulamento, convertendo-o, à semelhança da Directiva 2006/43/EC, num regulamento de "mínimos" (4.3.4. A). Esta opção híbrida leva-nos a considerar que não estaremos materialmente perante um Regulamento, mas antes perante um *quasi- Regulamento*.

Ainda neste contexto de análise geral da Reforma e com base na anterior observação das propostas realizada, consideramos (4.3.4. C) que o carácter demasiado ambicioso das propostas iniciais juntamente com a extensão demasiado ampla dos objetivos pretendidos por algumas das medidas propostas (que tentaram solucionar, em simultâneo, problemas que não se conseguiram resolver ao longo de décadas) foram fatores que contribuíram para esta excessiva flexibilidade do Regulamento final pois, perante determinadas propostas, só se conseguiu alcançar acordo ao nível parlamentar depois de serem deixadas em aberto muitas das medidas. Em especial aquelas que pretendiam, ao mesmo tempo, resolver problemas relacionados com a independência

e com a concentração do mercado da auditoria (*e.g. pure audit firms*). Consideramos pois que teria sido positivo que este processo de transição para um regime harmonizado do regime jurídico da auditoria das EIP ao nível da União se tivesse processado por fases, sendo que a fase prioritária deveria ter sido o reforço da independência efetiva. Deste modo, os objetivos demasiado latos resultaram em medidas pouco concretas e com demasiadas variáveis que podem não apenas contribuir para uma fraca harmonização mas também para pouca eficácia das mesmas.

Algumas medidas com dupla (e tripla) finalidade, ainda que de difícil implementação, como a da rotação obrigatória da firma no caso de auditorias a EIP ao combinarem-se com os impedimentos à prestação simultânea de serviços extra-auditoria, num mercado já oligopolista (em que as quatro grandes redes detêm quase noventa por cento da quota de mercado da auditoria a EIP) vai obrigar a que, cada vez mais, outras firmas fora das Big4 venham a ter de ser contratadas para a realização de auditorias, contribuindo, nesse aspeto para uma redução da concentração. No entanto muitas outras medidas observadas ficaram prejudicadas por perseguirem demasiados objetivos em simultâneo.

XI

Com a Reforma os requisitos de comunicação a que ficam obrigados os auditores aumentaram de tal forma que é possível afirmar que se procedeu a uma delegação informal de funções por parte das autoridades de supervisão públicas na profissão. Esta delegação informal pode ter a consequência positiva de permitir uma melhor supervisão por parte das autoridades públicas. No entanto, também é previsível que as novas exigências venham aumentar bastante os custos com a auditoria para as empresas, não só pela maior quantidade de horas e de recursos humanos que terão de ser aplicados, mas também pela maior exposição à responsabilidade (disciplinar e civil) a que ficam sujeitos os auditores.

Entendemos, porém, que esta delegação (implícita) de funções públicas nos auditores, tal como agora se apresenta na Reforma, é facilmente suscetível de colidir com a

natureza privada das sociedades de auditoria, pois está-se, na prática, a atribuir de forma dissimulada, funções aos auditores que não dizem já respeito à profissão, mas aos órgãos de controle interno das entidades auditadas e às entidades públicas de supervisão e investigação criminal.

As reformas legislativas no âmbito da auditoria vêm assumindo como objetivo assegurar que os auditores exercem um controlo efetivo da atividade dos administradores, ajudando à detecção de incorreções ou de fraudes na informação financeira empresarial, constituindo-se assim como um mecanismo de *deterrence*.

Vimos assim aceitar que, em virtude dos privilégios legais concedidos à profissão de auditoria, designadamente, os da obrigatoriedade e da exclusividade, é aceitável esperar que a profissão seja vista (*e.g.* por COFFEE), como um importante *gatekeeper* da qualidade da informação empresarial.

XII

Verificamos a este propósito que autores como EASTERBROOK e FISCHER, PRENTICE ou BAZERMAN, todos coincidem, afirmando (nomeadamente a racionalidade limitada dos agentes económicos) uma limitação resultante da própria natureza da profissão de oferecer um completo nível de certeza, mesmo quando a diligência exigível tenha sido cumprida.

Além disso, o já referido excesso de preocupação em criar uma aparência de independência se não for acompanhado por mudanças reais, irá necessariamente agravar ainda mais o *expectations gap* e, tal como no caso da imposição de deveres imprecisos, acima mencionada, pode igualmente conduzir a um cumprimento formal das várias restrições por parte dos auditores sem que esse cumprimento se traduza numa maior segurança quanto ao nível da objetividade do relatório, criando-se dessa modo um risco acrescido para os investidores. A ineficácia de várias das estritas medidas adoptadas pela SOX em 2002 para evitar os escândalos verificados nos Estados Unidos e que vieram a dar origem à crise confirmam este nosso entendimento. Assim pois, muitas dessas medidas, estavam sobretudo direccionadas a

restaurar a confiança dos investidores depois do impacto nos mercados do escândalo Enron, promovendo sobretudo a independência em aparência.

Tendo sempre em consideração que, por mais que se pretenda condicionar pela via jurídica todos os aspetos comportamentais, essa meta será sempre impossível de alcançar na totalidade perante os, suficientemente demonstrados, limites próprios da racionalidade limitada dos agentes económicos.

Defende-se pois, à semelhança do manifestado por KRAAKMAN, a perceção dos auditores como "*cops on the beat*", isto é, como mecanismo destinado a fazer cumprir a lei (*enforcement*), tem de ser devidamente equacionada, nomeadamente ao nível da responsabilidade (1.3.3).

XIII

A abordagem radical apresentada na Proposta de converter as grandes sociedades de auditoria em *pure audit firms* ainda que viesse resolver os possíveis efeitos negativos da prestação de NAS (pelo menos relativamente às Big4) em simultâneo com a auditoria, apresentava como principal problema, desde a nossa perspectiva, o facto de se tratar de (à semelhança de várias outras) de uma "medida com dupla finalidade", ao pretender, de uma só vez, resolver o problema da eventual perda de independência pela prestação de NAS e o problema da concentração do mercado da auditoria, dois aspetos que, entendemos, deverem ser abordados de forma separada pelo legislador, porque têm origens históricas distintas e variáveis e implicações que não podem deixar de ser consideradas, sob pena de, além de se poder estar a por em causa a sustentabilidade de toda uma profissão e poder-se estar a gerar situações contrárias à Justiça.

Este nosso entendimento assenta, desde logo no facto de a concentração do mercado da auditoria ser o resultado de um processo histórico de desenvolvimento da profissão resultante de vários fatores, entre eles a diversificação de prestação de serviços mas, também, das restrições à propriedade do capital das sociedades de auditoria e, ainda, do melhor desempenho empresarial das atuais Big4 (um fator frequentemente esquecido), que conseguiram encontrar estratégias sustentadas e eficazes de governação que lhe permitiu manter-se e prosperar nos mercados mundiais ao longo

décadas (aquilo que deveria, na nossa opinião, constituir um exemplo para todos os demais agentes de mercado). Uma restrição desse tipo contrariaria, pois, o princípio da autonomia privada dos agentes económicos (dos auditores, neste caso) e a sua expectativa de procurarem formas legítimas de rentabilizar o seu negócio e maximizar a experiência, os recursos humanos e técnicos que tenham à disposição, além de, desde o nosso ponto de vista constituiria uma penalização importante para empresas que sempre foram seguindo, a tantas vezes defendida, visão de longo prazo ao nível da governação societária.

Para além disto, continuando a seleção das firmas de auditoria a ser realizada diretamente pelo cliente, seria possível prever que tendencialmente os clientes optassem por firmas de auditoria vistas como mais "tolerantes" em detrimento daquelas que apresentassem um curriculum de maior rigor e exigência na avaliação das demonstrações financeiras, o que rapidamente poderia conduzir a uma "race to the bottom" (muito semelhante ao "opinion shopping" mencionado anteriormente) no mercado da prestação de serviços de auditoria, no final da qual só subsistiriam os os auditores mais condescendentes com práticas desviadas.

Os problemas não advêm pois do facto de que as sociedades de auditoria tenham departamentos de advisory, mas antes, e como veremos melhor de seguida, do tipo de serviço prestado, da proporção de honorários recebidos por esses serviços relativamente aos de auditoria e da situação em de esses serviços serem prestados em simultâneo ao mesmo cliente de auditoria.

XIV

Apresentamos um esquema opcional com varáveis para ponderação do nível de ameaça à independência pela prestação de NAS:

Grupo A. Circunstâncias em que o serviço é prestado:

1) A prestação em simultâneo pelo mesmo auditor (pessoa física) de NAS e de serviços de auditoria ao mesmo cliente;

2) A prestação em simultâneo pela mesma sociedade ou rede de auditoria de NAS e de serviços de auditoria mas cada um deles realizados por diferentes indivíduos;

3) A prestação de NAS a clientes aos quais não sejam prestados serviços de auditoria por essa firma.

Grupo B - tipo de serviços:

1) NAS relacionados com a auditoria ou relevantes para o resultado da mesma;

2) NAS não relacionados com a auditoria nem relevantes para o resultado da mesma.

Grupo C- Relação entre rendimentos por NAS e honorários de Auditoria

1) Rendimentos por NAS superiores a 50% dos honorários;

2) Inferior a 50%.

Grupo D - Resultados:

1) Ameaça para a independência real;

2) Ameaça para a independência aparente;

3) Ameaça para ambas.

Posicionamo-nos no debate relativo à prestação de NAS afirmando que, ainda que o elemento competência seja positivamente afetado pela prestação de NAS, a probabilidade de que essas situações de conflito com o cliente venham a ser reportadas diminui face ao risco para o auditor de vir a perder um cliente não apenas de auditoria mas também de NAS.

Não foram encontradas evidências conclusivas de que a prestação de serviços extra-auditoria ao cliente auditado prejudique a independência real do auditor nem dados que confirmem que a imposição de restrições deste tipo contribua para a independência de mente do auditor.

Uma coisa parece ser certa nesta questão: a prestação de NAS, considerada de forma individualizada, pode não ter nenhum efeito ao nível da independência em muitos casos mas, definitivamente, não contribui positivamente para a independência nem real nem aparente e tendencialmente é suscetível de prejudicar ambas.

Entendemos a introdução de uma *black list* lista de proibições como uma medida com função primariamente sem grandes efeitos práticos e apenas compreensível no contexto do objetivo abertamente manifestado pela Comissão de restaurar a confiança nos mercados no pós-crise. A introdução desta lista, na prática, não altera substancialmente o regime de "ameaças e salvaguardas" preexistente.

Um dos principais problemas da *black list* foi o de ter deixado demasiadas opções em aberto aos EM.

A criação de uma lista de incompatibilidades confere, ainda assim, uma maior certeza quanto à proibição dos serviços aí contidos.

A *black list* pode pois vir a ter efeitos positivos ao nível da percepção de independência numa fase inicial de adoção da mesma, mas a longo prazo não consideramos que venha a ter um efeito significativo.

Concordamos com LEYENS, quando este afirma que a utilidade da imposição de restrições e proibições à prestação de outros serviços de forma simultânea à auditoria deveria de ser ponderada relativamente a outras medidas para promoção da independência.

O próprio FEA, salientou já, que esta lista vai ainda para além da lista da SOX, ao impedir a prestação de NAS a outras entidades do mesmo grupo diferentes da entidade auditada, mesmo que seja possível concluir que os serviços prestados não constituem uma ameaça de auto-revisão. Além de que, como também afirma este organismo, esta medida vai contra o princípio do "sujeito a auditar" adoptado pelo Código do IESBA, concluindo ainda que a extensa lista de proibições é suscetível de provocar problemas ao nível da sua efetividade.

A contratação para prestação de NAS gera por definição um interesse financeiro para a sociedade de auditoria na empresa auditada. Apesar de a prestação de NAS não ser,

como já se referiu, o único problema a condicionar a independência do auditor, representa um condicionalismo importante, na medida em que um auditor que pertença à mesma sociedade ou rede que está a prestar os NAS, ao encontrar alguma situação irregular (em especial de fraude), sabe que a consequência de reportar essa situação pode ser a falência do cliente e, na sequência disso, a perda dessa fonte de rendimentos, tanto por NAS como por auditoria. Esse tipo de situação é suscetível de expor o sócio responsável pela auditoria a um alto nível de pressão não apenas por parte do seu cliente mas sobretudo pelos restantes sócios e pelos departamentos de *advisory* da sociedade e, eventualmente, até da rede, pressão essa que não favorece a desejada manutenção da independência de mente.

Consideramos pois que, a política legislativa de promoção da independência da auditoria se deveria centrar mais em alcançar objetivos a médio e longo prazo em detrimento de uma constante visão *shortermist* sobretudo centrada em restaurar a confiança dos agentes económicos após as sucessivas (e, diríamos, inevitáveis) crises. Uma visão de política legislativa que se tem vindo a materializar na adoção de medidas mais preocupadas com a aparência de independência do que com a independência real. A crise ilustrou, uma vez mais que a simples independência em aparência não é suficiente e pode até ter efeitos negativos ao criar uma confiança infundada relativamente à independência real, contribuindo sobretudo para agravar o *expectation gap*.

A desejável visão legislativa a longo prazo implicaria, pois, um reforço da independência efetiva do auditor.

Para esse efeito, coincidimos com QUICK e WARMING-RASMUSSEN ao entendermos que uma proibição completa da prestação de NAS à mesma firma não é necessária, bastando a proibição da prestação de qualquer serviço que represente um valor substancial para o total das receitas obtidas pela mesma empresa pelo auditor.

XV

As medidas de limitação de honorários introduzidas pela reforma deixam algumas dúvidas importantes quanto à sua efetividade na redução da ameaça de condicionamento económico.

Entendemos que a medida de redução a 15% do total dos honorários que podem ser recebidos de um mesmo cliente, considerada isoladamente, pode contribuir para uma menor dependência económica de um mesmo cliente.

No entanto, parece-nos que a principal consequência desta restrição será a de contribuir para cimentar ainda mais o oligopólio das grandes firmas de auditoria, uma vez que uma EIP, dificilmente poderá optar por contratar uma sociedade auditora de pequena ou média dimensão pois facilmente poderia incorrer na violação daquela disposição.

Quanto a nós, o principal problema encontra-se na percentagem de 70% prevista para os serviços extra-auditoria. Não nos parece que a manutenção de uma proporção tão elevada possa contribuir nem para desincentivar as práticas de *lowballing*, nem que possa vir a ter qualquer tipo de influência na redução de eventuais pressões para agradar ao cliente no caso de conflito de opinião.

Além destes aspetos há ainda que assinalar que estudos recentes têm vindo a revelar que, na prática, o volume de serviços extra-auditoria das maiores PIE encontra-se já bastante por baixo deste limite agora imposto no Regulamento.

A ingerência legislativa nos montantes de honorários, ainda que de forma indireta não nos parece uma medida adequada uma vez que pode contribuir para fragilizar economicamente a profissão o que, quanto a nós poderá ter consequências negativas ao nível da independência, uma vez que, apesar de ser uma profissão com interesse público legalmente reconhecido continua a ser uma atividade económica privada que depende dos clientes como qualquer outra e quanto mais frágil estiver ao nível económico, mais sujeita a pressões estará igualmente.

XVI

Ao nível da rotação dos auditores entendemos mais sustentável o grupo de argumentos favoráveis à rotação. Neste sentido, e conforme expressámos a propósito do argumento da qualidade no contexto da proibição de NAS, também o argumento contrário à rotação obrigatória com base na possibilidade de esta poder prejudicar a eventual detecção de irregularidades ou fraudes, parece-nos assentar numa perspetiva

incompleta do conceito de qualidade da auditoria, uma vez que aquela não pode ser medida apenas tendo em consideração a probabilidade de que o auditor consiga encontrar defeitos ou irregularidades nas contas, nem apenas pela ausência de incorreções do trabalho de auditoria, mas também, e sobretudo, pela probabilidade de que, uma vez encontradas essas situações, as mesmas venham a ser reveladas pelo auditor no relatório.

Além disso, com a entrada de uma nova firma auditora evitam-se os condicionalismos próprios das relações de longa duração entre o auditor e o cliente e procede-se a uma nova avaliação da situação financeira da entidade auditada, permitindo assim que determinados assuntos, nomeadamente os relacionados com a interpretação e aplicação das normas técnicas às operações realizadas pelo cliente voltem a ser estudados e, eventualmente até, melhorados.

Existe também um efeito dissuasor implícito de eventuais situações de cumplicidade com a administração resultante do facto de o auditor saber que o seu trabalho será objeto de revisão por um novo auditor no termo do contrato. Nesta perspetiva, a rotação obrigatória constitui-se como um desincentivo ao *impression management* ou à aquiescência do auditor com o cliente e com os interesses da administração.

Finalmente, um sistema de rotação externa obrigatória deverá contribuir positivamente para a diversificação da estrutura do mercado da auditoria, por ser previsível que, com as novas restrições trazidas pela Reforma, nomeadamente à prestação de NAS, as quatro grandes redes de auditoria fiquem, muito rapidamente, numa situação de impossibilidade de conciliar todas as situações impeditivas para a realização de auditorias. Essa situação obrigará a que cada vez mais firmas de menor dimensão (em especial as "second-tier-sized") venham a ser contratadas, possibilitando-lhes dessa modo acumularem conhecimento e experiência que lhes permitirá, progressivamente, competir com as Big4.

É importante, no entanto, realçar que estes efeitos positivos da imperatividade da rotação poderão não se verificar se os períodos de rotação estipulados forem demasiado longos, uma vez que, nessas circunstâncias os auditores continuarão a estar sujeitos a pressão por parte do cliente, nomeadamente com a ameaça de abertura de novo concurso, pelo menos nos primeiros anos passado o período mínimo inicial.

Além de que, com períodos contratuais extensos, continuará a haver uma tendência para que se formem laços de proximidade entre o auditor e a administração da empresa cliente, uma situação que não favorece a desejada independência.

XVII

Finalmente, um sistema de rotação externa obrigatória deverá contribuir positivamente para a diversificação da estrutura do mercado da auditoria, por ser previsível que, com as novas restrições trazidas pela Reforma, nomeadamente à prestação de NAS, as quatro grandes redes de auditoria fiquem, muito rapidamente, numa situação de impossibilidade de conciliar todas as situações impeditivas para a realização de auditorias. Essa situação obrigará a que cada vez mais firmas de menor dimensão (em especial as "*second-tier-sized firms*") venham a ser contratadas, possibilitando-lhes dessa modo acumularem conhecimento e experiência que lhes permitirá, progressivamente, competir com as Big4.

É importante, no entanto, realçar que estes efeitos positivos da imperatividade da rotação poderão não se verificar se os períodos de rotação estipulados forem demasiado longos, uma vez que, nessas circunstâncias os auditores continuarão a estar sujeitos a pressão por parte do cliente, nomeadamente com a ameaça de abertura de novo concurso, pelo menos nos primeiros anos passado o período mínimo inicial. Além de que, com períodos contratuais extensos, continuará a haver uma tendência para que se formem laços de proximidade entre o auditor e a administração da empresa cliente, uma situação que não favorece a desejada independência.

Assim pois, de entre os diversos aspectos em que se centrou a Reforma, a introdução de um sistema de rotação externa obrigatória para as EIP é aquele que consideramos que pode vir a ter efeitos mais positivos a longo prazo na independência dos auditores. Além disso esta medida pode, como dissémos, cumprir outro dos objetivos da Reforma, designadamente reduzir a concentração no mercado das Big4, estimulando o crescimento das sociedades de auditoria de menor dimensão de forma a que possam dar resposta às exigências técnicas dos grandes clientes. Por outro lado, parece-nos que esta medida pode inclusive restaurar alguma da reputação da profissão porque, perante uma menor proximidade com o cliente e uma definição mais clara do período contratual, tenderá a haver menos conflitos de interesse, mais objetividade

nos relatórios e uma percepção externa da profissão mais favorável por parte do mercado.

Porém, à semelhança do verificado relativamente às restrições em matéria de NAS, a grande flexibilidade deixada em aberto aos Estados Membros pode vir a prejudicar a percepção dos efeitos positivos trazidos pelo sistema de rotação externa obrigatória.

Por outro lado, é preciso ter em consideração que um prazo máximo, que de acordo com o Regulamento, pode superar os vinte anos, não vai permitir perceber a curto prazo os efeitos positivos da rotação externa obrigatória (contrariamente ao que ocorreria se tivessem sido mantidos os 6 anos propostos inicialmente pela Comissão). No entanto, a intervenção legislativa da União nesta matéria abriu portas para que os Estados Membros se sintam legitimados a introduzir períodos de duração máxima mais reduzidos, como veio já a verificar-se no caso de Espanha, onde se prevê um prazo de 10 anos, que nos parece bastante ajustado pelas seguintes razões: (i) por tratar-se da introdução de uma medida nova, num contexto ainda de grande incerteza económica pós-crise, em que, a imposição de um prazo demasiado curto poderia resultar em dificuldades desnecessárias, numa altura em que se pretende reforçar o crescimento e estabilizar a economia europeia; (ii) porque um prazo mais curto, apenas faria sentido no contexto da Proposta de Regulamento inicial (que apesar de radical em muitas das medidas propostas, mostrava um texto mais coerente do que o texto do Regulamento final), mas perante todas as novas medidas trazidas por este Regulamento e toda a incerteza jurídica resultante das inúmeras possibilidades deixadas em aberto, um prazo mais curto do que 10 anos para rotação poderia prejudicar o funcionamento da auditoria na União Europeia; (iii) finalmente, 10 anos parece-nos um tempo que permite que ao mercado adaptar-se e deixa ainda alguma margem para uma eventual revisão futura do Regulamento nas outras matérias menos bem conseguidas nesta versão inicial.

Quanto ao prazo mínimo de duração de um ano parece-nos insuficiente, tendo em conta as necessidades de adaptação de um novo auditor e todas as avaliações relativas à independência a que este tem de proceder previamente à sua contratação, sobretudo tratando-se de uma EIP. Um prazo mais adequado seria de dois anos, durante os quais o auditor não poderia ser destituído, excepto com justa causa, não podendo ser

considerada como tal a divergência de pontos de vista (nos termos do artigo 38.1. da DA2014).

A evidências demonstradas em diversos estudos realizados tendo por base países como a França e a Dinamarca onde permitem-no concluir que os incentivos introduzidos pela reforma à realização de auditorias conjuntas pela extensão dos prazos máximos para rotação parecem adequados, pelo menos quanto ao objetivo de redução da concentração de mercado.

Quanto à questão se estas podem também contribuir para uma maior independência por parte do auditor, temos de entender que a resposta terá que ser também afirmativa porque, não apenas haverá uma maior probabilidade de descoberta de situações irregulares durante o processo de verificação das contas, como haverá uma maior probabilidade de que essas irregularidades venham a ser reportadas uma vez que os eventuais incentivos para não reportar uma determinada situação ficam dissipados por auditores de duas sociedades distintas.

Além disso, o fato de contribuir para a redução da concentração do mercado, pela possibilidade de que sociedades de menor dimensão adquiram competências e estruturas que lhes venham a permitir competir no mercado das grandes auditorias, mesmo que só seja observável a longo prazo constitui, por si mesmo, um fator positivo para a independência, tendo em conta que essa menor concentração tenderá a prevenir alguns dos efeitos indesejáveis das práticas oligopolísticas.

No contexto da política de excessiva flexibilidade que marca o novo Regulamento foi deixado no poder dos EM a determinação de prazos de rotação mais estritos. Esta permissão não parece no entanto ter tido em consideração que diferentes prazos para rotação entre os EM pode criar especiais dificuldades para as empresas transfronteiriças, nomeadamente no caso de grupos de empresa com sucursais em diferentes países poderão ter de proceder à rotação do auditor em momentos diferentes o que pode criar dificuldades práticas importantes e custos adicionais.

Para evitar essa situação o Regulamento deveria pelo menos permitir que as empresas pertencentes a um mesmo grupo com presença em mais do que um estado membro

pudessem escolher uma mesma rede de auditoria e sujeitar todas as suas subsidiárias a prazos de rotação iguais.

Parece-nos uma opção acertada que o Regulamento tenha vindo contemplar um regime de transição em que se concedem prazos mais amplos para a rotação dos auditores contratados há mais tempo.

Uma opção que, à primeira vista, poderia parecer contraditória com o objetivo de redução das ameaças à independência e à familiaridade, mas que, na prática, tem em consideração o facto de ser precisamente nesses contratos mais antigos que o processo de transição pode ser mais moroso e complexo. Pelo que a estipulação de prazos mais curtos poderia gerar grande instabilidade, em especial pelas restritas opções no mercado atual da auditoria das grandes empresas.

Ainda que a amplitude destes períodos transitórios, juntamente com as opções deixadas aos EM de estenderem ainda mais os períodos máximos, não venham permitir uma comprovação a curto prazo dos efeitos da introdução da rotação externa obrigatória, consideramos que (seguindo a mesma *ratio* relativa aos períodos máximos de duração dos contratos) sobretudo nesta fase ainda prematura da regulação, imperativa da profissão e por não haver ainda suficientes evidências empíricas, este tipo de medidas que visam corrigir problemas da profissão numa perspetiva de longo prazo, são mais adequados do que medidas de resposta imediata a escândalos. Porque, como já referimos por diversas vezes, o importante é que todas estas recentes intervenções legislativas (numa profissão que permaneceu por mais de um século autorregulada) se processem tendo em vista o fomento da independência real e não apenas o reforço da independência aparente.

XVIII

A análise realizada ao n.2 do artigo 26 da LAC 2015 permite-nos concluir que o principal aspeto diferenciador da atual redação relativamente ao regime anterior reside no afastamento expresso da responsabilidade solidária do auditor, em especial quando se obriga a que (i) qualquer ação judicial contra o auditor seja apresentada de forma pessoal e (ii) individualizada, isto é, terá de ser interposta uma ação judicial individual e o dano pelo qual venha a ser pedido ressarcimento tem de ter tido como

origem exclusivamente o conteúdo do relatório de auditoria. Neste sentido depreende-se que (iii) o eventual lesado deverá proceder a uma delimitação prévia à interposição da ação dos danos que considera deverem-se à conduta negligente do auditor e (iv) as acções judiciais contra outros eventuais responsáveis (empresa, administradores, *e.g.*) deverão, por isso, ser formuladas em separado.

Consideramos como bastante positivas as restrições ao nível da legitimidade ativa e da prova adotadas em Espanha neste artigo da LAC. No entanto ainda que estas modificações venham promover uma maior ponderação no momento de demandar os auditores, podem não ser suficientes para evitar que os auditores continuem a ser observados como "fiadores" da empresa e "tábua de salvação" de investidores oportunistas. E por isso vimos mais adiante propor um modelo que consideramos eficaz.

XIX

No capítulo 7 do presente trabalho são apresentadas as razões pelas quais se vem considerar ser necessário adotar ao nível do direito da União Europeia um sistema que permita a delimitação objetiva dos terceiros com legitimidade. No final da exposição das situações que consideramos merecerem a atenção legislativa são apresentadas propostas originais de reforma com vista a uma possível harmonização do regime da responsabilidade dos auditores na UE. A natureza conclusiva e a construção argumentativa apresentada neste último ponto da presente dissertação tornam indispensável uma leitura completa do mesmo para uma total perceção do modelo proposto.

Diversos estudos têm vindo comprovar que a responsabilidade civil apresenta-se, como um dos principais fatores de deterrence (frequentemente até, o mais importante). Dessa forma, níveis adequados de responsabilidade favorecem a divulgação de irregularidades ou fraudes detetadas pelo auditor (independência),

No entanto, a simples exposição dos auditores a maiores níveis responsabilidade não contribui necessariamente de forma positiva para a probabilidade de detecção de fraudes (competência) .

Níveis inadequados ou excessivos de responsabilidade podem ter efeitos negativos (*over-deterrence*) para os objetivos prioritários da regulação nesta área, nomeadamente contribuindo para um comportamento do auditor fundado na aversão ao risco, uma sobreavaliação do risco e para que cinjam ao máximo a sua atividade ao estrito cumprimento dos deveres técnicos, o que resulta em relatórios de auditoria menos informativos e, como tal, de menor valor para os destinatários e ainda em valores de honorários mais elevados que, o que, em último nível, afeta de forma negativa a reputação dos auditores e os próprios clientes.

Consideramos assim que o quadro normativo deverá favorecer que o auditor transmita a *soft information* obtida durante a revisão.

Em síntese, pela análise de diversos estudos prévios verificámos que o efeito positivo de dissuasão (*deterrence*), resultante da exposição à responsabilidade, quando transpõe um determinado nível passa a ser negativo para a qualidade da auditoria originando-se a designada *over-deterrence* (dissuasão excessiva) .

Confrontando as conclusões dos referidos estudos, *e.g.*, à anteriormente analisada positivação do dever de ceticismo profissional operada pela DA2014 vimos considerar que a eficácia da atribuição de carácter imperativo a este princípio de atuação profissional (e a outros) ao nível da qualidade e independência poderá ficar fortemente condicionada pela percepção que o auditor possa vir a ter relativamente aos efeitos do exercício de um maior ceticismo no seu nível de exposição ao risco de responsabilidade, uma vez que, uma percepção de um aumento excessivo desse risco, sem uma segurança jurídica adequada, poderá comprometer a eficácia de medidas que se pretenderia virem a contribuir para um reforço da independência e da qualidade e, de uma forma geral, para incrementar o valor do serviço de auditoria.

Neste seguimento, a falta de uma delimitação dos terceiros com legitimidade para pedir responsabilidade aos auditores juntamente com a referida positivação daqueles deveres profissionais é suscetível de prejudicar a qualidade e o valor das auditorias.

Além disso, defende-se que o sistema jurídico deve conferir um nível adequado de segurança aos operadores económicos não o fazendo, parece-nos natural que as sociedades de menor dimensão tendam a associar-se para poderem fazer face aos

riscos imprevisíveis. Simultaneamente o risco elevado constitui um factor de desincentivo à prestação de serviços a entidades de grande dimensão por parte de redes e sociedades de auditoria mais pequenas. Ambos estes fatores, agravam o problema da concentração do mercado da prestação de serviços de auditoria.

Para além dos fundamentos assentes na consideração da ineficácia das medidas destinadas a promover a independência e a qualidade das auditorias, são ainda enunciados uma série de problemas que justificam a adoção de medidas com vista a uma maior identificação prévia dos terceiros com legitimidade ativa para demandar o auditor. Entre esses problemas encontram-se:

- A litigação oportunista (*frivolous litigation*), nomeadamente o *deep pocket syndrome*. Entre as razões por detrás deste tipo de comportamentos, encontra-se o fato de ser frequente, nas situações de crise da empresa, que as sociedades de auditoria sejam as únicas entidades próximas à empresa que ainda mantêm solvência económica (*last man standing*) convertendo-se, assim, em alvos bastante atrativos para os mais diversos intervenientes nos mercados. A isto, junta-se, a perceção generalizada de que, sobretudo as grandes sociedades de auditoria, pela sua boa condição económica, conseguem dar resposta a quaisquer prejuízos (*deep pocket syndrome*). Neste sentido, KAPLAN, confirmava que a solvência económica, o facto de estarem obrigados a prestar caução e a obrigatoriedade contratação de seguros converte estes profissionais em alvos atrativos para pedidos de indemnização, até porque, mesmo perante alegações de pouco mérito, ou perante a inexistência de culpa, os auditores optam frequentemente por aceitar acordos indemnizatórios de forma a evitar tanto os prejuízos no seu capital reputacional como a incerteza da decisão da causa.

Chama-se ainda a atenção para aquilo a que vimos designar neste trabalho por "falso *expectations gap*" de alguns investidores como forma de manter a auditoria como um seguro do risco de negócio. Para a consolidação deste "falso *expectations gap*" são bastante úteis os escândalos financeiros pela atenção que se concentram nas empresas e nos auditores envolvidos.

Neste sentido, sendo desejável que os operadores económicos mantenham a confiança na auditoria e na sua reputação, essa confiança não deverá servir para que se use a profissão como mecanismo de seguro do risco próprio dos investimentos.

Em todo o caso, a utilização do sistema judicial e do mecanismo da responsabilidade de forma oportunista, são condutas que deverão sempre ser desincentivadas pelo legislador.

Relativamente às opções para reduzir a exposição do auditor às ameaças de responsabilidade a que se encontra sujeito o auditor, fazemos uma interpretação e crítica à "Recomendação para limitação da responsabilidade civil dos auditores de 2008" da UE.

Assim, relativamente à proposta de limites máximos de indemnização (*caps*), consideramos que independentemente do método adoptado, a determinação de valores máximos de indemnização é sempre susceptível de provocar dificuldades. O cálculo com base nos honorários, por exemplo, poderia dar origem a que as firmas de auditoria tivessem de reduzir os seus honorários de forma a verem reduzidos os riscos de responsabilidade. Por outro lado, qualquer valor que se estabelecesse tenderia a aproximar os valores dos acordos de transação ao valor daquele limite e, em lugar de fomentar a concorrência, contribuiria ainda mais para a sua redução, uma vez que, se o limite se fixasse demasiado alto, as sociedades de auditoria de menor dimensão ficariam ainda mais desfavorecidas. Por outro lado, se o limite se fixasse demasiado baixo, poderiam perder-se os efeitos positivos que a responsabilidade representa para a qualidade das auditorias, sobretudo no caso das auditorias de maior dimensão.

A fixação legal de limites máximos de indemnização também não eliminaria o risco de que uma firma de auditoria pudesse colapsar, já não tanto pela condenação numa acção judicial específica, mas na sequência de várias condenações sucessivas num curto período de tempo.

Vimos ainda considerar que a fixação de *caps*, é ainda suscetível de contribuir para cimentar a ideia, subjacente à litigação oportunista, de que a profissão de auditoria pode ser usada como seguro do risco próprio dos investimentos, atribuindo-se

responsabilidade aos auditores independentemente da existência de culpa ou negligência (objetivamente).

Entendemos, a concepção da responsabilidade solidária, e das *caps*, como um mecanismo de limitação ultrapassado, e pensado para uma época em que as funções de auditoria e de contabilidade interna da empresa se confundiam e onde por isso fazia sentido que, em caso de dano resultante da informação financeira divulgada, a responsabilidade viesse a ser pedida não apenas aos administradores mas também ao auditor que tivesse preparado a contabilidade e a tivesse verificado.

Desde esta perspetiva, tanto o regime de solidariedade como as *caps* apresentam-se como sistemas de responsabilidade obsoletos e que não têm por isso lugar numa possível disposição de alcance europeu nesta matéria que deve promover um afastamento daquele tipo de visão da auditoria como um seguro comercial, para assim reforçar o capital reputacional que a profissão conseguiu adquirir ao longo de mais de um século e que lhe permite apresentar-se no mercado como um *gatekeeper* que efetivamente ofereça confiança aos agentes económicos.

Quanto à limitação da responsabilidade pela via contratual apresenta-se como uma medida eficaz para a diminuição dos riscos a que se encontra sujeita a profissão de auditoria num sistema de *common law*, como é o caso do Reino Unido onde a jurisprudência, de uma forma geral considera que o auditor apenas responde perante o cliente e onde a responsabilidade perante terceiros se admite apenas em condições muito específicas, nomeadamente quando o auditor tivesse prévio conhecimento que o relatório serviria para informar a decisão desse terceiro.

No entanto, ao nível da limitação da responsabilidade em sistemas jurídicos onde exista uma cláusula de responsabilidade universal do devedor de uma obrigação (como em Espanha) e onde, além disso, se admita de forma generalizada a responsabilidade do auditor perante terceiros, este método não ofereceria uma especial proteção aos auditores, tendo em conta os objectivos traçados pela Recomendação, em particular nas ações por responsabilidade civil extracontratual .

Além disso, entendemos que uma excessiva desconsideração do elemento culposo (no limite, a responsabilidade objetiva), torna desnecessária muita da regulação a que a profissão vem sendo sujeita para promoção da qualidade das auditorias.

Colocar os auditores numa posição de "fiadores" do cliente é suscetível ainda de constituir-se como um incentivo negativo à atuação diligente por parte dos responsáveis da entidade auditada.

A responsabilidade civil não está destinada a ser um mecanismo de cobertura de risco (como ocorre nos seguros), mas uma obrigação que emerge apenas no contexto de requisitos específicos, dentre os quais, a verificação de culpa.

Por todas estas razões, no nosso entender, de entre as propostas apresentadas na Recomendação de 2008, a da responsabilidade proporcional apresenta-se como a mais apropriada .

De acordo com este estudo, a melhor qualidade resultante deste regime prende-se com o facto de haver uma melhor percepção por parte do auditor de que o maior ou menor esforço por uma actuação diligente tem uma implicação direta na possibilidade de que lhe venha a ser imputada responsabilidade (litigation costs) .

Independentemente do modelo de responsabilidade que vem a ser proposto no final deste nosso estudo, caso venha a ser considerada a adoção de um modelo harmonizado de delimitação da responsabilidade ao nível da UE, parece-nos que seria sempre um bom caminho nesta matéria tomar como referência o regime atualmente vigente em Espanha no artigo 26.2 da LAC2015, uma vez que, ainda que não se proceda à delimitação objetiva dos terceiros com legitimidade, as restrições, pela via processual, à legitimidade ativa dos demandantes, facilitariam a adaptação deste regime aos distintos ordenamentos jurídicos dos Estados Membros.

Antes pois de avançarmos com uma solução alternativa em matéria de responsabilidade civil dos auditores ao nível da União Europeia, são realizados alguns esclarecimentos que consideramos essenciais

Desde logo detetámos através do nosso estudo uma deturpada percepção da natureza e das funções da profissão, designadamente o alcance derivado da classificação da

auditoria como actividade interesse público, uma classificação que não deve servir para converter os auditores em supervisores públicos.

Desta forma, a frequente litigação relacionada com o referido problema do expectations gap, resulta precisamente de uma expectativa de que a profissão, ainda que tratando-se de uma actividade privada, responda perante os cidadãos em geral como se de uma entidade pública se tratasse.

No entanto, a auditoria continua a prestar um serviço privado e, como tal, da mesma forma que outros prestadores de serviços privados, os auditores devem também poder saber quem são os seus clientes e poder atuar no mercado com a margem de liberdade própria de um agente privado respeitando, naturalmente, as suas obrigações legais e contratuais.

Este problema de percepção é mais notório em países onde a profissão foi apresentando contornos indefinidos até mais tarde, como no caso de Espanha, do que nos países onde a profissão nasceu (Reino Unido) e se desenvolveu (EUA). No ordenamento jurídico britânico, em particular, e.g., a percepção mais clara daquela distinção e, em geral da natureza e funções da auditoria é observável, desde logo na pacífica aceitação jurisprudencial de que os auditores só devem responder perante terceiros se o auditor tivesse conhecimento prévio que o terceiro pretendia utilizar o relatório para informar as suas decisões.

Esse esforço dos tribunais em procurarem encontrar Justiça no meio de normas inadequadas e que não refletem uma percepção clara da natureza da profissão, ainda que permita pontualmente minimizar alguns dos efeitos da litigação oportunista, não é suficiente, por si mesmo, para compensar todos os prejuízos decorrentes daquela e sobretudo não constitui uma solução que ofereça a necessária segurança jurídica nesta matéria à classe de auditoria.

Consideramos ainda ser insustentável a manutenção de uma responsabilidade solidária após a proibição da cumulação de serviços de contabilidade. Afirmamos, por isso, que o novo sistema de total separação entre a entidade auditada e o auditor externo ou a sociedade de auditoria, consagrado a nível internacional, necessita de uma redefinição do modelo da responsabilidade, que não deve continuar a poder ser, por defeito,

solidária, com a sociedade auditada, por se tratarem de responsabilidades que derivam das condutas de sujeitos distintos e de danos com diferentes origens. Assim, nos atuais regimes em que a auditoria é independente da firma a responsabilidade do auditor não pode ser diferente da de outros prestadores de serviços à empresa, devendo por isso ser sempre autonomizada.

Fazemos ainda um alerta para aquilo que consideramos ser um contrato implícito do auditor com o Estado. Por ser um contrato que se forma a partir de disposições legais, este contrato implícito deve considerar-se que tem como contraparte a própria administração estatal e por finalidade encarregar os auditores da prestação da sua actividade profissional na persecução dos interesses daquela (nomeadamente, o interesse na confiança dos mercados e na estabilidade e crescimento económico) enquanto representante dos interesses da comunidade de pessoas físicas e jurídicas, i.e., à semelhança de um contrato de *outsourcing*. Em vez de honorários, como contrapartida da prestação deste serviço, o auditor recebe os benefícios que resultam de forma indireta da exclusividade na certificação de contas e da obrigatoriedade da sua profissão para as EIP.

A percepção da iniquidade desta situação tem vindo a motivar, desde sempre, muitas reclamações por parte da classe auditora no sentido de limitarem a sua exposição à responsabilidade perante terceiros. No entanto, não parece que os próprios auditores tenham, eles próprios, devidamente ponderado se as contrapartidas oferecidas pelo Estado (exclusividade e obrigatoriedade) pela sua exposição a uma responsabilidade potencialmente universal constituem compensação suficiente pelo serviço prestado.

Consideramos ainda existir uma aquilo que designamos por "falácia da limitação da responsabilidade". Esta traduz-se no pressuposto equivocado de que o que se pretende ao falar-se de "limitação da responsabilidade dos auditores" é limitar o *quantum respondatur*, quando o que efetivamente está em causa é a necessidade de delimitação concreta dos destinatários do serviço de auditoria, i.e., trata-se de definir perante quem respondem o auditores e não de limitar a sua responsabilidade.

Assim pois, entendemos que se, à semelhança de outros prestadores de serviços, os destinatários do trabalho do auditor estivessem determinados não se colocaria a questão de limitar a responsabilidade.

Consideramos ainda que quem não esteja legitimado a reclamar por negligência não deve poder reclamar por dolo - de outra forma estar-se-ia a querer usar a extensão do conceito de terceiro como forma de punição o que não se enquadra dentro das finalidades ressarcitória e preventiva da responsabilidade civil. A consideração do dolo serve pois como medição da culpa e da consequente indemnização, mas não nos parece que deva servir como critério de legitimação ativa.

Parece-nos assim que a concepção do dolo como forma de delimitação de terceiros vem, mais que tudo, ilustrar como os interesses em conflito nesta matéria não têm vindo a facilitar a coerência dogmática e legislativa na abordagem deste tema.

Salientamos ainda a falsa dificuldade de harmonização. Pois consideramos que o problema da suposta dificuldade de harmonizar a responsabilidade no contexto da União Europeia reside, não na necessidade harmonizar os regimes especiais de responsabilidade dos auditores, mas antes na falta de harmonização do conceito de auditoria e em particular na não delimitação concreta e objetiva dos terceiros perante os quais deve o auditor ser considerado responsável, isto é, os terceiros com legitimidade para reclamar indemnização pela quebra dos deveres contratuais e legais a que o auditor se encontra obrigado.

A possibilidade de introdução de um regime de delimitação da responsabilidade ao nível da UE ficou também demonstrada com a já referida solução introduzida pelo artigo 35-A do Regulamento (UE) N. 462/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2013 que alterou o Regulamento (CE) n. 1060/2009 relativo às agências de notação de risco

Verificamos ainda existir uma desigualdade de tratamento em prejuízo da profissão de auditoria. Deste modo, exigir a aplicação do mesmo modelo de responsabilidade a uma profissão que responde perante uma população indeterminada (e desconhecida) de indivíduos, que a uma profissão que responde apenas por um numero limitado e conhecido de sujeitos parece-nos contrario ao princípio da proporcionalidade e da igualdade.

Concluimos este nosso estudo afirmando que o *over-deterrence*, a litigação oportunista, a insuficiência dos seguros, a concentração, a indefinição dos terceiros e um sistema de responsabilidade universal e ilimitada, constituem evidências suficientes de que a integração do instituto da responsabilidade civil dentro dos mecanismos legais de condicionamento do comportamento dos auditores deve ser devidamente ponderada relativamente aos possíveis efeitos colaterais negativos.

As soluções no âmbito da responsabilidade civil dos auditores devem permitir conciliar a adequada proteção dos interesses económicos dos destinatários da informação financeira veiculada pelos relatórios de auditoria e a qualidade do trabalho de revisão e certificação das contas (permitindo o justo ressarcimento dos lesados e mantendo a responsabilidade em níveis que incentivem a boa prática profissional) com soluções que evitem que uma responsabilidade excessiva comprometa o crescimento das sociedades auditoras de menor dimensão, a sustentabilidade da profissão e a atuação responsável dos administradores das empresas auditadas.

A nossa proposta original nesta matéria e que submetemos à consideração da comunidade científica, consiste na separação e identificação legal objetiva dos terceiros com legitimidade dos terceiros sem legitimidade.

Entendemos que a distinção clássica entre responsabilidade contratual e extracontratual não é suficiente para efeitos da regulação da responsabilidade dos auditores.

A distinção que propomos, ao nível da responsabilidade extracontratual seria entre beneficiários do relatório de auditoria com legitimidade activa e beneficiários sem legitimidade activa (free-riders).

Uma distinção que se poderá ser feita uma vez clarificados os conceitos de "interesse público da auditoria" e "interesse legítimo na reparação de um dano".

Assim, e ainda que a auditoria venha sendo classificada legalmente como atividade de "interesse público" (e que por isso se admita a responsabilidade extracontratual dos auditores), nem a todo o "público" deverá ter reconhecido legalmente um potencial direito legítimo a ser ressarcido pelos danos resultantes de uma auditoria negligente.

Assim, dentro do grupo dos terceiros ao contrato de auditoria encontram-se, por um lado, os que detêm interesses legítimos, porque contribuíram para a contratação de forma direta ou indireta e para o pagamento dos honorários do auditor, e por outro, lado estão os *free-riders*, que apenas beneficiam da informação contida no relatório sem oferecerem nenhuma contrapartida pelo mesmo.

Consideramos assim que, ainda que não existissem todos os demais problemas associados com o excesso de litigação, a iniquidade resultante do pagamento de honorários mais elevados para benefício dos *free-riders* seria, em si mesma, suficiente para que se procedesse à distinção entre estes dois grupos.

Os critérios de proximidade (nomeadamente com recurso ao nexo de causalidade) que vêm sendo seguidos pelos tribunais como fórmula de determinação da legitimidade de terceiros parecem-nos insuficientes e geradores de incerteza jurídica.

Propomos assim que os terceiros sejam determinados não contratualmente, mas legalmente. Qualquer outro terceiro, não contemplado nesses grupos de terceiros especificados legalmente, que pretendesse adquirir legitimidade activa para demandar o auditor pelo seu relatório, deveria então constar do contrato de auditoria.

Esta proposta parece-nos mais simples que qualquer uma das anteriores e tem um *ratio* semelhante ao seguido pelos tribunais britânicos, no sentido de considerar que um prestador de um serviço deverá saber quem são os destinatários do seu serviço, tanto para poder determinar o valor dos honorários, como também para prestar um serviço mais adaptado às necessidades e objetivos específicos dos clientes. No entanto, não concordamos, como decorre da doutrina Caparo, que apenas se considere como merecedor de proteção o cliente direto de auditoria, *i.e.*, a empresa cliente.

Entendemos que o modelo proposto não seria mais do que afirmar que os auditores, como quaisquer outros prestadores de serviços devem saber quem são os clientes ou pelo menos, os possíveis beneficiários do seu trabalho.

Por outro lado, reafirmamos que não se trata de limitar a responsabilidade, mas antes de definir em termos legais aquilo que já vem sendo aceite pela jurisprudência (com base, nomeadamente em critérios de proximidade) quem são os terceiros legítimos.

À parte dessa responsabilidade profissional, tal como qualquer outro indivíduo ou empresa também, o auditor continuaria a responder nos termos gerais da responsabilidade extracontratual perante qualquer ato que de forma negligente ou com dolo viesse a causar danos, contando que esses atos não tenham que ver com a sua atuação profissional consubstanciada no relatório de auditoria.

Exemplo desse tipo de conduta suscetível de gerar responsabilidade perante qualquer terceiro lesado, seria a ajuda do auditor à manipulação e adulteração da informação financeira da sociedade.

Esse tipo de conduta pois, já não se trataria de uma atuação enquadrável no âmbito da atividade profissional de auditoria, e como tal, o auditor estaria sujeito a responder nos termos gerais da responsabilidade civil e eventualmente penal (como qualquer outra pessoa que fosse cúmplice com a administração na comissão de fraude).

O modelo proposto não prejudicaria a informação que atualmente já vêm recebendo os agentes de mercado, tendo em conta que tanto o relatório de gestão como as demonstrações financeiras e o relatório de auditoria continuariam a estar disponíveis para consulta na página web da entidade auditada tal como atualmente já se verifica por imposição legal.

Desse modo, qualquer interessado poderia continuar igualmente a aceder a essa informação e, no caso de vir a entender ter sido prejudicado pela mesma, deverá poder continuar a reclamar judicialmente a reparação de dano perante o emitente nos termos gerais da responsabilidade civil.

Em síntese, os que contratam a auditoria de forma direta ou indireta teriam legitimidade para pedir responsabilidade por um serviço defeituoso. Os que não

contrataram mas se servem dos resultados do serviço contratado pela sociedade (ou por outros que intervenham no contrato de auditoria, nomeadamente o Estado) deverão assumir, por um lado, o risco inerente à sua atuação económica e, por outro lado, têm o direito a pedir ressarcimento junto da empresa emitente pela informação financeira divulgada que não seja verdadeira e que lhes tenha vindo a causar danos.

Maiores clarificações e respostas a possíveis dúvidas que antevemos poder suscitar a nossa proposta são melhor esclarecidas no capítulo respetivo.

Estas seriam quanto a nós as soluções ao nível da política legislativa para o sector da auditoria mais coerentes e que melhor protegeriam os interesses da economia, dos agentes económicos, dos auditores e, sobretudo a Justiça.